Der dingliche Vertrag
und seine Stellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Willy Trapp
aus Berlin,
Kammergerichtsreferendar.

ACAD. LUGDUN. BIBL.

Approbiert am 14. Dezember 1908.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

38

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Abschnitt: Allgemeines.

A. Unterschied zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht (§ 1) 1

B. Erfordernisse der dinglichen Rechtsänderung im allgemeinen (§ 2) 4

C. Geschichtliches über die Entwicklung des dinglichen Vertrages (§ 3) 6

II. Abschnitt: Rechtsgeschäft und Vertrag.

A. Entwicklung des Rechtsgeschäftsbegriffes.

a) Im gemeinen Recht bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 4) 14

b) Was versteht das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Begriff „Rechtsgeschäft"? (§ 5) 23

B. Begriffsbestimmung des Vertrages (§ 6) 27

C. Arten der Verträge:

a) Obligatorische, dingliche Verträge (§ 7) 31

b) Abstrakte, nicht abstrakte Verträge (§ 8) 33

III. Abschnitt: Der dingliche Vertrag im einzelnen.

A. Vorbemerkung: Die Einigung des § 854 (§ 9) 37

B. Erfordernisse der dinglichen Rechtsänderung im besonderen.

a) Einigung.

1. Einigung des § 873.

aa) Rechtliche Natur (§ 10) 43

bb) Form (§ 11) 51

2. Einigung des § 929 (§ 12) 83

b) Eintragung bezw. Übergabe (§ 13) 91

Seite

C. Verhältnis des dinglichen Vertrages zum obligatorischen Grundgeschäfte.

a) Abstraktheit des dinglichen Vertrages (§ 14) 94

b) Form des der Einigung zugrunde liegenden Kausalgeschäftes (§ 15) 106

c) Klagbarkeit des dinglichen Vertrages (§ 16) 117

D. Personen des dinglichen Vertrages (§ 17) 121

E. Anwendung der Vorschriften des allgemeinen Teiles auf den dinglichen Vertrag (§ 18) 126

IV. Abschnitt: Schlußbemerkungen.

A. Anwendungsgebiet des dinglichen Vertrages (§ 19) . . 144

B. Übersicht über die gewonnenen Ergebnisse (§ 20) . . . 148

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung nebst den preußischen Ausführungsbestimmungen. Berlin 1901.

Biermann, Kommentar zum Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. Berlin 1903.

Brettner, Das Liegenschaftsrecht im Hinblick auf den zweiten Absatz des § 873 BGB. Im Recht 1900 S. 393 f.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 4. 2. Aufl. von Lotmar. Erlangen und Leipzig 1892.

Bruck, Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1900.

Cohen, Kann aus einem mündlichen obligatorischen Vertrage auf Bestellung einer dinglichen Rechtsänderung des § 873 BGB. geklagt werden? In der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 792 f.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Bd. 1 Jena 1903, Bd. 2 Jena 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. Bd. 1. Berlin 1902.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. Bd. 3. Halle a. S. 1904.

Eccius, Bemerkungen zur Rechtsprechung des Kammergerichtes in Grundbuchsachen. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 61 ff.

Eccius, Besprechung des Kommentars zur Grundbuchordnung von Fuchs. In Gruchot Bd. 44 S. 762 ff.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrechte. In Gruchot Bd. 47 S. 51 ff.

Eccius, Besprechung der Simonschen Abhandlung. In Gruchot Bd. 51 S. 681 ff.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 8. Aufl. Berlin 1903; Bd. 2 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1888.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Handausgabe mit Anmerkungen. 7. Aufl. München 1906.

Förster, Zwei Fragen aus dem Vertragsrechte. Im Recht 1901 S. 579 ff.

Förster, Die Konvaleszenz der Auflassungserklärungen. Im Recht 1902 S. 115 ff., 141 ff.

Förster, Einzelne Betrachtungen über die dingliche Einigung. Im Recht 1903 S. 53 ff.

Förster, Obligatorische Wirkung des dinglichen Vertrages. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins Bd. 2 S. 77.

Fuchs, Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Fuchs, Zur Lehre von der Eintragung. In der Festgabe für Richard Wilke. Berlin 1900.

Fuchs, Thema wie bei Cohen. In der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 747.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

v. Jhering, Geist des römischen Rechts. 4. Aufl. Leipzig 1883.

Kaufmann, Wirkt die Anfechtung des Kausalgeschäftes wegen Willensmangels auch auf die dingliche Einigung? In der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 349 ff.

Kindel, Das Recht an der Sache. Breslau 1889.

Koffka, Die rechtliche Bedeutung der Gebundenheit der Beteiligten an die Einigung nach § 873 Abs. 2 BGB. In der Festgabe für Wilke S. 165 ff.

Krech, Grundbuchordnung, Textausgabe mit Anmerkungen. 2. Aufl. München 1900.

Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht. Leipzig 1902.

Kretzschmar, Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken. Im Sächsischen Archiv Bd. 11.

Küchendahl, Kann aus einem mündlichen obligatorischen Vertrage auf Bestellung einer dinglichen Rechtsänderung des § 873 BGB. geklagt werden? In der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 701 ff.

Küchendahl, Zum § 873 BGB. Im Recht 1902 S. 200 f.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. Berlin 1903.

Leonhard, Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Lotmar, Über causa im römischen Recht. München 1875.

Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte; erschienen als 5. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Breslau 1901.

Maenner, Sachenrecht. 2. Aufl. München 1906, 1. Aufl. unter dem Titel: Das Recht der Grundstücke, München 1899.

Molitor, Obligatorischer Anspruch, dingliche Einigung und Eintragungsbewilligung. Im Recht 1903 S. 57 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Mugdan, Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin 1899.

Neubecker, Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 22 S. 34 ff.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Aufl. Berlin 1905.

Nissen, Thema wie bei Cohen. In der Juristischen Wochenschrift 1904 S. 348 f.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl. Berlin 1909.

Oberneck, Bericht über die Rechtsprechung in Grundbuchsachen. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1902 S. 161 ff.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 2. Aufl. des Kommentars von Gareis. Berlin 1908.

Ortlieb, Einigung und dinglicher Vertrag. Berlin 1904.

Pernice, Rechtsgeschäft und Rechtsordnung. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 464 ff.

Philippovich, Grundriß der politischen Ökonomie. Bd. 1. 7. Aufl. Tübingen 1908.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Bd. 1 Berlin 1903, Bd. 3 Berlin 1906.

Predari, Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die 1. u. 2. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Romeick, Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. 1: Dinglicher Vertrag. In den Jahrbüchern für württembergische Rechtspflege Bd. 12 S. 89 ff.

Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 3. Berlin 1840.

Scherer, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Erlangen 1899.

Schloßmann, Der Vertrag. Leipzig 1876.

Schloßmann, Besprechung von „Irrtum und Rechtsgeschäft" von Zitelmann. In Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 S. 464 ff.

Seufferts Archiv. Bd. 60.

Simon, Die rechtliche Natur der sachenrechtlichen Einigung; erschienen als 20. Heft der Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts. Breslau 1907.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 1 u. 3. 3. u. 4. Aufl. München 1907.

Steyert, Der dingliche Vertrag. Diss. Straßburg 1905.

Stöver, Ist die Einigung im Sachenrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein Rechtsgeschäft? Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 26 S. 149 ff.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechte an Grundstücken. Berlin 1898.

Strohal, Der Sachbesitz. Jena 1897.

Strohal, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Iherings Jahrbüchern Bd. 27 S. 337 ff.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Bd. 1. 2. Aufl. Paderborn 1902.

Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1876.

Wendt, Rechtssatz und Dogma. In Iherings Jahrbüchern Bd. 29 S. 34 ff.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906, 8. Aufl. 1900.

Wolff, Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos abgeschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf die Rechtsänderung? In Gruchot Bd. 47 S. 26 ff.

Wunderlich, § 873 BGB. und der obligatorische Vertrag. In der Juristischen Wochenschrift 1901 S. 791 f.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Erster Abschnitt.

Allgemeines.

A. Unterschied zwischen Obligationenrecht und Sachenrecht.

§ 1.

Den jeweils herrschenden Bedürfnissen des Verkehrs und der Wirtschaft Rechnung zu tragen, gehört zu den Aufgaben des Rechts,[1]) das zum großen Teil seine Normen aus den Forderungen schöpft, die das Wirtschaftsleben an die Gestaltung der Rechtsnormen stellt.[2]) In den Zeiten des alten Rechts, als das Wirtschaftsleben und der Vermögensverkehr geringen Umfang besaßen, stellte das Recht seine Macht dem zur Verfügung, der dartun konnte, daß er den von der Rechtsordnung geforderten strengen Formerfordernissen genügt hatte.[3]) In späteren Epochen des Rechts verlieren die ursprünglich auf Er-

[1]) Als andere Faktoren kommen daneben in Betracht Religion, Sitte, Herkommen.

[2]) Ähnlich Philippovich Bd. 1 S. 70, 97 ff.

[3]) vgl. im römischen Recht die strengen Formen der negotia per aes et libram, der mancipatio und des nexum.

wägungen der Zweckmäßigkeit[4]) beruhenden Formen ihr früheres Ansehen. Bei lebhafteren Äußerungen des Verkehrslebens ist es zu leicht möglich, daß sie hindernd auf den schnellen Austausch der Güter wirken. Die Rechtsgenossen werden ihrer überdrüssig und empfinden sie als lästig. Immer häufiger kommt es vor, daß durch ihre nicht völlig korrekte Anwendung der von den Parteien gewünschte Erfolg nicht eintritt.[5]) Die Lockerung ist unvermeidlich vor allem für das Obligationenrecht, denn gerade dieses regelt die Geschäfte des täglichen Lebens, die kleinen Handkäufe, Tauschgeschäfte, die Dienst- und Werkverträge, Schenkungen u. a. m. Innerhalb seines Rahmens vollzieht sich der größte Teil des Austausches der Güter. So ist es nur eine Folge von Ursache und Wirkung, daß sich in diesem Teil des Rechtsgebietes, in dem eben so schnell persönliche Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Rechtsgenossen geknüpft wie gelöst werden, die Lossagung von den starren Formen zuerst vollzogen hat. Man kam zu dem Satz des gemeinen Rechts, alle Geschäfte des Obligationenrechts sind formlos, wenn nicht die Rechtsordnung etwas anderes vorgeschrieben hatte,[6]) vorgeschrieben meist in Rücksicht darauf, den augenblicklichen Leichtsinn und die Unüberlegtheit der Kontrahenten zu zügeln und sie im letzten Augenblick auf die Folgen ihrer vielleicht voreiligen Handlungsweise aufmerksam zu

[4]) s. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 97 S. 222.

[5]) Ähnlich Dernburg a. a. O. S. 223.

[6]) vgl. Dernburg a. a. O. S. 224.

machen.[7]) Und andrerseits schrieb man eine Form vor, wenn es sich um Geschäfte handelte, bei denen beträchtliche Vermögenswerte auf dem Spiel standen.[8])

Im Gegensatz zum Recht der Schuldverhältnisse, das der Beweglichkeit des Verkehrs angepaßt ist, zeigen die Geschäfte des Sachenrechts eine gewisse Starrheit. Während es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch möglich ist, eine unbegrenzte Zahl von Vertragstypen infolge des das 2. Buch beherrschenden Grundsatzes der Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Obligationenrechts zu schaffen, ist dies für das Sachenrecht unmöglich, das die Rechte an Sachen, wie Planck[9]) sagt, mit zwingender Wirkung bestimmt. Andere als die im 3. Buche für zulässig erachteten Rechte können nicht begründet werden.[10]) Daneben bestehen außerdem noch die strengen Formvorschriften der Grundbuchordnung hinsichtlich der Begründung, Aufhebung und Veränderung der Immobiliarrechte. Der Grund für diese strenge Behandlung des Sachenrechts ist in dem Gebote der Sicherheit des Verkehrs zu suchen. Während das obligatorische Recht nur von dem verletzt

[7]) Ähnlich Ihering, Geist des römischen Rechts Bd. 2 § 45 S. 497 f.; vgl. auch z. B. BGB. §§ 518, 766.

[8]) vgl. z. B. ALR. I, 5 § 131: Ein jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über 50 Taler in Silberkurant beläuft, muß schriftlich errichtet werden. s. auch code civil art. 1341; s. heute §§ 313, 766, 780, 781.

[9]) Bd. 3 Vorbem. S. 7.

[10]) Planck ebenda; vgl. Endemann Bd. 2 § 1 S. 1; Turnau-Förster Bd. 1 S. 2 a. E.; Fuchs, Festgabe für Wilke S. 98.

werden kann, gegen den es sich richtet, haben die dinglichen Rechte eine absolute Wirkung; sie können von jedem verletzt werden. Es ist deshalb leicht einzusehen, warum der Gesetzgeber die dinglichen Rechte, namentlich die Immobiliarrechte, durch die von ihm vorgeschriebenen Formen geschützt hat.

B. Erfordernisse der dinglichen Rechtsänderung im allgemeinen.

§ 2.

Diese Rücksicht auf die Verkehrssicherheit veranlaßte auch den Gesetzgeber, die Rechtsgültigkeit der Veräußerung einer Sache sowie der Bestellung, Übertragung oder Belastung mit einem Recht an derselben nicht abhängig zu machen von einer bloßen hierauf gerichteten Willensübereinstimmung der Kontrahenten. Das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt noch einen äußeren sichtbaren Vorgang, um auch den übrigen Rechtsgenossen eine solche Rechtsänderung deutlich vor Augen zu führen.[1]) Diesen sichtbaren Vorgang bildet bei der Rechtsänderung eines Immobiliarrechts die Eintragung in das Grundbuch,[2]) bei der Veränderung eines Rechts an einer beweglichen Sache die Übergabe der Sache.[3]) Neben diesen beiden

---

[1]) s. Planck Bd. 3 Vorbem. S. 10.

[2]) BGB. § 873.

[3]) BGB. §§ 929, 1032, 1205.

Erfordernissen, der Eintragung bezw. der Übergabe, die zur Verlautbarung einer jeden dinglichen Rechtsänderung[4]) dienen, wird vom Gesetz noch ein weiteres Moment, das oben (S. 4) schon angedeutet war, verlangt, nämlich die auf den dinglichen Rechtserwerb bezw. die dingliche Rechtsänderung gerichtete Willensübereinstimmung der Beteiligten. Das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt gemäß § 873 zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines solchen mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts neben der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über die Rechtsänderung. Und ähnlich fordert § 929 betreffs der Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll.

Die Interpretation dieser Vorschriften ist in der Wissenschaft Gegenstand lebhaften Streites, indem die einen in der Einigung einen Vertrag sehen, dem sie den Namen „dinglicher Vertrag" geben, während andere diese Einigung an sich für bedeutungslos erklären und ihr nur im Verein mit der Eintragung bezw. der Übergabe eine Wirkung zuerkennen können. Dann sind einige Schriftsteller der Ansicht, daß die Einigung des § 873 im obligatorischen Grundgeschäft enthalten sei, während

---

[4]) Über die Ausnahmen s. unten § 19.

die Gegner jegliche Verbindung zwischen dem Grundgeschäft und dem dinglichen Geschäft der Rechtsänderung ablehnen.

Um zu diesen zahlreichen streitigen Fragen Stellung nehmen zu können, dürfte es vorerst von Wichtigkeit sein, die geschichtliche Entwicklung der Einigung zu betrachten, sodann wird zu untersuchen sein, was das Gesetz unter einem Vertrage versteht, ob und inwieweit die Bestimmungen des allgemeinen Teiles über Verträge auf dieses eigenartige sachenrechtliche Institut anzuwenden sind.

C. Geschichtliches über die Entwicklung des dinglichen Vertrages.

§ 3.

Unbefangener Verkehrsauffassung erscheint, wie Endemann (Bd. 2 S. 73) treffend bemerkt,[1]) der dem obligatorischen Geschäfte, dem Kauf-, Tausch- oder Schenkungsgeschäfte, gegenübertretende Verlautbarungsakt lediglich als eine bloß tatsächliche Vollzugshandlung des Veräußerers, die den Erwerber in die Lage setzt, sein Eigentum auszuüben. Demgegenüber lehrte Windscheid,[2]) daß die Willenserklärung als solche nicht genüge, um

---

[1]) Ähnlich Savigny, System Bd. 3 S. 313.

[2]) Windscheid-Kipp § 171.

den Eigentumsübergang zu bewirken. Vielmehr müsse zweierlei hinzutreten:

a) die Willenserklärung des anderen, „daß er das ihm übertragene Eigentum erwerben wolle"; diesen Vorgang nennt Windscheid den Eigentumsübertragungsvertrag. Dieser Vertrag bedürfe ferner

b) einer gewissen Form. Diese sei zu finden in der Tradition, in der Übergabe der Sache. „Der auf das Geben und Nehmen des Rechts an der Sache gerichtete Wille muß seinen Ausdruck finden in dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache."[3] Nach seiner Meinung ist das Wesentliche, daß erkannt werde, daß „die Tradition, d. h. das willentliche Herbeiführen eines tatsächlichen (körperlichen) Verhältnisses, nicht etwas zu dem Eigentumsübertragungsvertrag Hinzukommendes, denselben Vollendendes, sondern der notwendige Ausdruck desselben ist".[4]

Seine Ansicht, daß die Tradition ein wahrer Vertrag sei,[5] obgleich sie lebhaft bestritten wurde,[6] fand in der Literatur des gemeinen Rechts stets wachsende An-

---

[3] Windscheid-Kipp Bd. 1 § 171.

[4] Windscheid-Kipp a. a. O. Anm. 3.

[5] So schon Savigny, System Bd. 3 S. 312, da alle Merkmale des Vertragsbegriffes darin wahrgenommen würden.

[6] vgl. die bei Windscheid-Kipp a. a. O. Anm. 3 zit. Schriftsteller; vgl. auch Endemann Bd. 2 § 17 Anm. 3.

erkennung.[7] [8]) Es ist daher begreiflich, daß auch der 1. Entw. zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Windscheids Lehre seinen Ausgang nahm. So heißt es in der Redaktionsvorlage im § 132 [9]): „Das Eigentum an einer beweglichen Sache wird im Falle der Übertragung erworben durch die in dieser Absicht erfolgte Übergabe der Sache von seiten des Eigentümers an den Erwerber". Ob die Übergabe als Form des dinglichen Vertrages aufzufassen sei, sollte der Entscheidung durch die Wissenschaft vorbehalten bleiben. Das Wesentliche war nach Ansicht der Kommission, „die Übergabe als ein notwendig präsentes Moment des dinglichen Vertrags zu bezeichnen". [10]) Wie aus den Protokollen (S. 3992) hervorgeht, beanstandete die Kommission die Fassung dieser Vorschrift, weil in ihr nicht genügend zum Ausdruck komme, „daß gegenseitige, einen Vertrag darstellende Willenserklärungen vorliegen müßten". Und in den Prot. I (s. ebenda) heißt es, im Hinblick auf die abweichenden Ansichten in der Doktrin sei es erforderlich, das Vertragsprinzip auch an der gegenwärtigen Stelle zum deutlichen Ausdruck im Gesetze zu bringen, damit die Anwendbarkeit der Bestimmungen des allgemeinen Teiles über Verträge auf den hier be-

---

[7]) Der Ausdruck „dinglicher Vertrag" stammt von Savigny, System Bd. 3 S. 313, „zur schärferen Unterscheidung" von den obligatorischen Verträgen.

[8]) vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 1 § 213 Anm. 2.

[9]) vgl. Planck Bd. 3 Vorbem. S. 15.

[10]) vgl. Planck ebenda.

handelten dinglichen Vertrag außer Zweifel gestellt werde. Daher lautete § 874 Satz 1 des 1. Entw.: „Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber unter Übergabe der Sache zu schließender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigentum auf den Erwerber übergehen soll".[11])

In dieser Bestimmung ist enthalten:

a) das Erfordernis eines von dem zugrunde liegenden obligatorischen Geschäft unabhängigen dinglichen Vertrages;

b) eine notwendige Gleichzeitigkeit des Eigentumsübertragungsvertrages und der Übergabe der Sache, d. h. der Einräumung des Besitzes.

Ähnlich lautet die Bestimmung für unbewegliche Sachen im § 828 des 1. Entw.: „Zur Übertragung des Eigentums sowie zur Begründung, Übertragung oder Belastung eines anderen Rechts an einem Grundstücke durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem eingetragenen Berechtigten und dem Erwerber zu schließender Vertrag und Eintragung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

Der Vertrag erfordert die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grund-

---

[11]) Ähnliche Vorschriften in den §§ 983 Abs. 1, 1011 Abs. 3, 1147 Abs. 1 des 1. Entw.

buch bewillige, und die Annahme der Bewilligung von seiten des anderen Teiles.

Der Vertrag wird für die Vertragschließenden mit dem Zeitpunkte bindend, mit welchem er ..."

a) Auch hier ist, ebenso wie bei der Rechtsänderung an beweglichen Sachen, der Grundsatz eines auf die Rechtsänderung abzielenden dinglichen Vertrages ausgesprochen, der ebenfalls vom obligatorischen Grundgeschäft unabhängig ist.

b) Nur ist das zweite Erfordernis des auf S. 9 zitierten § 874 der Gleichzeitigkeit des dinglichen Vertrages und des anderen zur dinglichen Rechtsänderung notwendigen Momentes fallen gelassen. Während es im § 874 heißt: „unter Übergabe der Sache", spricht der die Rechtsänderung an unbeweglichen Sachen regelnde § 828 nur von einer Eintragung in das Grundbuch, die wohl zur Vollendung der Rechtsänderung erforderlich sei, aber durchaus nicht gleichzeitig mit dem dinglichen Vertrage stattzufinden habe. Die Eintragung kann dem dinglichen Vertrage vorausgehen oder nachfolgen.[12])

---

[12]) Dies ist in dem Unterschied zwischen der Übergabe und der Eintragung in das Grundbuch begründet. Während jene ein von der Tätigkeit der Parteien abhängiges Moment ist, von ihnen gewollt und auch von ihnen nur ausführbar, stellt sich die Eintragung als der Tätigkeit der Parteien entzogen dar. Die Parteien können weiter nichts tun, als alles, was unmittelbar zur Eintragung führen kann, vorzu-

Eine Besonderheit ist indessen beiden Paragraphen eigen. Es kommt bei beiden auf das Grundgeschäft nichts an. Ob dieses gültig ist oder nicht, hat auf den dinglichen Vertrag keinen Einfluß.[13]) Er ist abstrakter Natur wie die Tradition des gemeinen Rechts,[14]) und die dingliche Rechtsfolge hat sich nur auf Grund dieses abstrakten Vertrages zu vollziehen.[15]) Dissens über die causa macht den dinglichen Vertrag nicht unwirksam.[16])

Diese Bestimmungen, namentlich die Theorie des dinglichen Vertrages des 1. Entw., stießen in der Kritik auf lebhaften Widerspruch.[17])

---

nehmen. Die Eintragung selbst ist ihrer Tätigkeit entzogen. Sie ist Sache des Grundbuchrichters, der die Eintragungsanträge der Reihe nach, wie sie ihm zugehen, zu berücksichtigen hat. Über diesen Unterschied zwischen Übergabe und Eintragung vgl. weiter unten § 13.

[13]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 172: „Während nach denjenigen Gesetzen, welche für die Eintragung und Erwerbung das Erfordernis des Rechtstitels aufstellen, der obligatorische Vertrag der Titel ist, wird diesem (obligatorischen) Vertrage von dem Entwurf ein Einfluß auf den Bestand des dinglichen Rechts überhaupt nicht zugestanden. Der Vertrag, welchen § 828 erfordert, ist ein lediglich dinglicher Vertrag, der seinen Inhalt aus dem Zwecke des Geschäftes empfangen muß".

[14]) Dies war eine der bedeutendsten Streitfragen des gemeinen Rechtes (ähnlich bei der Zession). Auf die Abstraktheit des dinglichen Vertrages ist unten näher einzugehen; vgl. § 14.

[15]) vgl. auch Staudinger Bd. 3 S. 8.

[16]) vgl. § 829 Abs. 1 des 1. Entw.

[17]) Zu vgl. namentlich Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 337 ff.; Kindel, Das Recht an der Sache; Wendt, Rechtssatz und Dogma (der dingliche Vertrag), in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 34 ff.

Die Mehrheit der 2. Kommission war gegen die Aufnahme des Wortes „Vertrag" in den 2. Entw., da es sich vorwiegend um eine Frage der juristischen Konstruktion handle, deren Entscheidung der Wissenschaft überlassen bleiben müsse. Es entspreche auch nicht dem Sprachgebrauch und den Anschauungen des Volkes, das hier in Rede stehende Rechtsverhältnis als Vertrag zu bezeichnen.[18]) Doch billigte man durchaus das im 1. Entw. enthaltene Prinzip des zur dinglichen Rechtsänderung erforderlichen dinglichen Vertrages. Man meinte, die Juristen würden unschwer erkennen, daß oder inwieweit auf die fraglichen Erklärungen die Grundsätze des Vertrages Anwendung zu finden hätten, auch wenn das Wort „Vertrag" im Gesetze nicht gebraucht sei.[19])

Der 2. Entw. vermied daher das Wort „Vertrag" und gebrauchte statt dessen den indifferenten[20]) Ausdruck „Einigung".

Diese Bestimmungen des 2. Entw. sind auch ins Bürgerliche Gesetzbuch übergegangen.[21]) Ob sachlich darin etwas geändert ist, bildet Gegenstand der folgenden Untersuchung.

Es ist daher notwendig, den Vertragsbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs festzustellen. Eine Definition dieses Begriffes enthält das Gesetzbuch nicht.[22]) Eine

[18]) vgl. Prot. II Bd. 3 S. 59.

[19]) Prot. II Bd. 3 S. 59.

[20]) Um jeder Konstruktion vorzubeugen.

[21]) vgl. §§ 873, 929.

[22]) s. unten S. 23, 27.

solche ist demgemäß aus den Vorschriften über Rechtsgeschäfte, wie sie der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthält, abzuleiten. Dabei wird es notwendig sein, an die Begriffsbestimmungen des gemeinen Rechts anzuknüpfen, denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich nur zur Aufgabe machen können, das bestehende Recht zu kodifizieren und die den mannigfachen Rechten, die in Deutschland bestanden, gemeinsamen Rechtsgedanken aufzusuchen und zu verwerten.[28])

[23]) vgl. Planck Bd. 1 Einleitung S. 18.

Zweiter Abschnitt.

Rechtsgeschäft und Vertrag.

A. Entwicklung des Rechtsgeschäftsbegriffes.

a) Im gemeinen Recht bis zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 4.

Der Ausdruck „Rechtsgeschäft" hat seinen Ursprung in der Wissenschaft,[1]) und zwar hat zuerst Hugo in seinem Lehrbuch der Pandekten[2]) diesen Begriff verwendet. Savigny definierte dann im System des römischen Rechts[3]) Willenserklärungen oder Rechtsgeschäfte als diejenigen Tatsachen, „die nicht nur freie Handlungen sind, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist". Und ähnlich meint

[1]) vgl. Windscheid-Kipp § 69 Anm. 1: „Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist ein Erzeugnis der modernen Systematik"; so Dernburg, Pand. Bd. 1 § 91 S. 210. Über die Ausdrücke der Römer, negotium und quod gestum erit, vgl. denselben Anm. 4 ebenda; vgl. auch Pernice in Grünhut Bd. 7 S. 466.

[2]) 3. Aufl. 1805 § 29; vgl. Schloßmann, Vertrag S. 131 f.

[3]) Bd. 3 S. 98/99.

Windscheid[4]): „Rechtsgeschäft ist eine auf Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung".

Diese Begriffsbestimmungen blieben in der Literatur des gemeinen Rechts nicht unwidersprochen. Schloßmann[5]) erachtete den Begriff des Rechtsgeschäfts als „wissenschaftlich wertlos".[6]) Ihm trat entgegen Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft,[7]) und Pernice in Grünhut Bd. 7 S. 469 ff. Nicht so weit wie Schloßmann ging Lotmar in seinem Angriff gegen die bis dahin herrschende Definition. Er führte (S. 15) aus, daß der Eintritt der Rechtsfolge unabhängig sei von der Gegenwart der Vorstellung der Rechtsfolge als solcher im Bewußtsein des Handelnden, sondern die Rechtswirkung trete ein, einerlei ob der Urheber der rechtlichen Willensäußerung seinen Willen auf ihren Eintritt gerichtet habe oder nicht; vielmehr liege die Ursache für den Eintritt der Rechtsfolge nicht in dem hierauf gerichteten Willen der Parteien, sondern diese träten von Rechts wegen ein, kraft des Urteils des Rechts.

Diese beiden Auffassungen standen sich seitdem gegenüber.[8]) Es würde hier zu weit führen, wollte man

---

[4]) Windscheid-Kipp Bd. 1 § 69.

[5]) Vertrag 1876 S. 139.

[6]) s. auch Schloßmann in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 543.

[7]) S. 238 ff., 309 f. Dagegen die Rezension von Schloßmann in Grünhut a. a. O.

[8]) s. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 91 Anm. 10.

den Streit in allen Einzelheiten verfolgen.[9]) Zweifellos enthalten beide Theorien richtige Beobachtungen. Es ist eine häufige Erscheinung, daß die Folgen einer Willensäußerung ganz andere sind, als sich der oder die Kontrahenten vorgestellt haben.[10]) Andererseits ist es auch sicher, daß ich deshalb Erbe werde, weil ich es will, Käufer oder Verkäufer bin, einen Dienst- oder Werkvertrag abschließe, auch nur weil ich es will. Es dürfte somit Dernburg[11]) zu folgen sein, der als Produkt der Willensäußerung nur die Begründung, Aufhebung, Veränderung eines Rechtsverhältnisses gelten läßt. Was für rechtliche Folgen es aber hat, ob ich, wenn ich Erbe bin, für die Erbschaftsschulden beschränkt oder unbeschränkt hafte, ob ich, wenn ich einen Dienstvertrag eingegangen bin, von der Staatsgewalt gezwungen werden kann, die mir aus solchem Vertrage obliegenden Verbindlichkeiten zu erfüllen, darüber entscheidet allein die Rechtsordnung.[12])

Zu einem gültigen Rechtsgeschäft gehören folgende Erfordernisse:

a) Wie Windscheid sagt, eine Privatwillenserklärung. Demnach sind Willenserklärungen, die

---

[9]) Literatur bei Windscheid-Kipp Bd. 1 § 69 Anm. 1.

[10]) vgl. die Beispiele bei Dernburg, Pand. Bd. 1 S. 212.

[11]) Pand. Bd. 1 S. 213.

[12]) „Ist man also Erbe geworden, so ist man es mit den Rechten und Pflichten, welche sich nach der Rechtsordnung ergeben, nicht mit den Folgen, welche man erträumte"; Dernburg a. a. O. S. 213. Ähnlich auch Oertmann S. 296 f.

nicht private sind, d. h. Willenserklärungen der Staatsgewalt, keine Rechtsgeschäfte, z. B. Urteile, Verfügungen.[13])

b) Der Wille muß in gehöriger Form erklärt sein.

c) Ferner muß die Willenserklärung gerichtet sein auf die Hervorbringung rechtlicher Folgen.[14]) Wie oben (S. 16) erwähnt, ist Produkt der Willensäußerung nicht die Summe aller nur möglichen Rechtsfolgen, die eine Willensäußerung herbeiführen kann. Vielmehr wollen die Parteien die Entstehung, Veränderung oder Aufhebung eines bestimmten Rechtsverhältnisses, indem sie einen für dieses Rechtsverhältnis ihnen geeignet erscheinenden juristischen Tatbestand verwirklichen.[15]) Dieses von den Parteien gewollte Rechtsverhältnis ist dann die Ursache für die kraft der Rechtsordnung eintretenden Folgen.

d) Ein viertes Erfordernis eines gültigen Rechtsgeschäfts ist darin zu erblicken, daß die Rechtsfolgen, die von dem Willen durch das Mittel der Erklärung ausgelöst werden, von dem Erklärenden als solche gewollt sind, und daß sie auch nur deshalb eintreten, weil sie gewollt

---

[13]) Dagegen Brinz, Pand. Bd. 4 § 522 S. 14 Anm. 19.

[14]) Hierüber herrscht in der Literatur erheblicher Streit. Es würde zu weit gehen, zu allen aufgerollten Streitfragen Stellung zu nehmen. Lit. s. bei Stöver S. 154ff.

[15]) s. Endemann Bd. 1 § 57 S. 260. Ähnlich Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 18f.

sind. Wenn ich den Willen, zu kaufen, erklärt habe, so will ich zu gleicher Zeit den Eintritt der von der Rechtsordnung für den Kaufvertrag vorgeschriebenen Normen; aber auch nur der Eintritt dieser Rechtsnormen ist von meiner Willenserklärung abhängig, nicht etwa der Eintritt einer Rechtsnorm aus einem anderen Grunde, z. B. weil ich neben dem Kaufgeschäft ein Delikt, z. B. Sachwucher, begangen habe. Der Eintritt dieser Norm ist nicht abhängig von meinem Willen, d. h. bei Delikten treten die Rechtsfolgen ein ohne Rücksicht darauf, ob sie gewollt sind oder nicht.[16])

In der oben (S. 15) angegebenen Definition von Windscheid kommt dies nicht deutlich genug zum Ausdruck, obwohl Windscheid selbst dieser Einschränkung sich deutlich bewußt ist.[17])

e) Ein weiteres Erfordernis für ein gültiges Rechtsgeschäft ist eigentlich schon oben in lit. a

---

[16]) Übereinstimmend Stöver S. 157; Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 153: „Zwischen dem auf eine Rechtsfolge gerichteten Willen und der entsprechenden Rechtswirkung muß das Verhältnis von Grund und Folge bestehen". s. auch Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft S. 308 f.

[17]) „Das Rechtsgeschäft ist die Betätigung der dem Privatwillen auf dem Rechtsgebiete zustehenden schöpferischen Kraft"; Windscheid-Kipp Bd. 1 § 69 Anm. 1a S. 311.

enthalten. Eine Willenserklärung im rechtlich relevanten Sinne liegt nicht vor, wenn der Erklärende in der Handlungsfähigkeit oder in der Fähigkeit zu dem betreffenden Geschäfte beschränkt ist, z. B. geschäftsunfähig oder nicht verfügungsfähig ist.[18])

f) Schließlich darf es sich nur um Geschäfte mit einem rechtlich erlaubten Inhalt handeln. Es scheiden demnach aus die sogen. unsittlichen Geschäfte und diejenigen, die gegen eine besondere gesetzliche Bestimmung verstoßen, z. B. gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot.

Die sich aus diesen Betrachtungen ergebende Begriffsbestimmung würde demnach lauten: Rechtsgeschäfte sind Privatwillenserklärungen, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.[19])

Eine weitere Frage erhebt sich bei näherer Betrachtung dieser Definition. Wann muß der rechtliche Erfolg eintreten?[20]) Jemand macht ein Testament; der rechtliche Erfolg tritt erst mit dem Tode des Testators ein.[21])

---

[18]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 91 S. 214, bes. Anm. 13.

[19]) übereinstimmend Stöver S. 156; vgl. auch Planck Bd. 1 Vorbem. z. 3. Abschn. d. 1. Buches Ziff. 1.

[20]) über die verschiedenen Ansichten hierüber vgl. Stöver S. 156/57.

[21]) über andere sogen. „objektive Voraussetzungen der Wirksamkeit" vgl. Stöver a. a. O.

Wann ist dieses Rechtsgeschäft vollendet? Muß die Willenserklärung allein den rechtlichen Erfolg herbeiführen oder genügt es, wenn der Erfolg herbeigeführt wird in Verbindung mit anderen Tatsachen?

Auch diese Frage war im gemeinen Recht Gegenstand lebhaften Streites.[22]) Ein Rechtsgeschäft zu erzeugen, ist Sache des Willens einer Person. Wer ein Testament macht, will die bei seinem Tode eintretenden Rechtsfolgen. Seine Willenserklärung ist, wie Stöver (S. 157) sagt, „an sich geeignet", den rechtlichen Erfolg herbeizuführen; sie bedarf nur noch eines Tatumstandes, der aber von dem Willen der Parteien unabhängig ist und den die Parteien nicht zwingen können, einzutreten. Andererseits ist diese Parteihandlung aber dasjenige, was die Rechtsordnung in Bewegung setzt, was also die Rechtsfolgen bedingt. Hätte A kein Testament gemacht, so hätte sein Tod keinen Einfluß auf irgendwelche besonderen Rechtsfolgen ex testamento gehabt. Es würde nach den Vorschriften des Gesetzes einzig die Intestaterbfolge eintreten. Diese Intestaterbfolge wird durch die (gültig erklärte) Willenskundgebung des A ausgeschlossen. Seine Parteihandlung ist das Wesentliche, dasjenige, was nach Hinzutritt des betreffenden Tatumstandes die Rechtsfolgen herbeiführt.[23])

---

[22]) Auch für das BGB. noch bestritten; s. unten S. 25 f. bezüglich der Meinung Brucks.

[23]) „Die Parteihandlung bildet den Kern des Gesamttatbestandes" Stöver S. 158; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 91 S. 210 sagt: Es

Welches ist nunmehr die Ursache des Eintritts der Rechtsfolge? Die Willenserklärung allein reicht bei den zusammengesetzten Tatbeständen nicht aus, wie wir gesehen haben; erst durch den Hinzutritt eines vom Gesetz geforderten anderen Tatumstandes zu der Willenserklärung wird der rechtliche Erfolg herbeigeführt. Es dürfte das Richtige sein, als Ursache für die Rechtswirkung diese beiden Faktoren, die Willenserklärung und den erst durch diese rechtlich relevant gewordenen Tatumstand, anzusehen. Um bei dem Beispiel des Testamentes zu bleiben, so heißt es: Die testamentarische Erbfolge soll eintreten, aber nur unter der wichtigen Voraussetzung, daß der Verstorbene sie auch wirklich gewollt hat[24]) und sie auch gültig erklärt hat und diese Erklärung auch zu Recht besteht.

Tritt der erforderte Tatumstand später nicht hinzu, z. B. ein Rechtsgeschäft bedarf der Genehmigung eines Dritten, z. B. es wird von einem Nichtberechtigten

---

mache keinen Unterschied, ob die Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines Rechtsverhältnisses durch die Erklärung allein erfolge oder in Verbindung mit anderen Tatsachen. — Übereinstimmend Oertmann S. 295: „Die Willenserklärungen bilden den Tatbestand im engeren Sinne, der Inhalt und Richtung des Geschäfts grundlegend bestimmt". Ferner S. 296: „Die Rechtswirkung besteht in der Entstehung von Rechten und rechtlichen Gebundenheiten, die sich in ihrer Eigenart nicht oder doch nicht notwendig durch ihren geschäftlichen Entstehungsgrund bestimmen, jedenfalls ihm gegenüber etwas logisch Selbständiges sind".

[24]) Und auch so, wie er sie gewollt hat. Ähnlich Stöver S. 160.

verfügt,[25]) oder das Rechtsgeschäft wird unter einer Bedingung vorgenommen, so wird das Geschäft unwirksam, weil der Eintritt der Rechtsfolgen, durch den die Wirksamkeit bedingt wird, abhängig ist von einem den Parteien und ihrem Willen entzogenen Moment. Solange, d. h. bis zu dem vom Gesetze geforderten Hinzutreten des betreffenden Tatumstandes, befindet sich das Rechtsgeschäft in der Schwebe, d. h. es ist noch nicht vollwirksam. Ob die Parteien an das Rechtsgeschäft gebunden sind, ist allgemein nicht zu beantworten; das hängt von den Vorschriften der Rechtsordnung über die einzelnen Rechtsgeschäfte ab.[26])

Verlangt das Gesetz, daß beim Abschluß des Rechtsgeschäfts der geforderte Tatumstand hinzutreten muß, so ist das Geschäft gültig, wenn der Tatumstand hinzutritt, anderenfalls ist es unwirksam,[27]) denn der eine der beiden Faktoren, von denen die Wirksamkeit abhängt, ist, obwohl

---

[25]) Unrichtig Ortlieb S. 3 Anm. 1 gegen Planck Bd. 1 S. 181. Der beschränkt Geschäftsfähige kann einen Vertrag abschließen. Nur hängt dessen Gültigkeit ab von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. Auch dies ist ein vom Gesetz geforderter Tatumstand.

[26]) „Handelt es sich um einen Vertrag, so bleiben die Vertragschließenden regelmäßig an denselben gebunden, bis die Entscheidung eingetreten ist; doch wird die Bindung in einzelnen Fällen ausgeschlossen oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht (so z. B. die §§ 109, 178, 873 Abs. 2 BGB.)"; Planck Bd. 1 Vorbem. z. 3. Abschn. VI, 3 S. 181.

[27]) s. Planck Bd. 1 ebenda.

er beim Abschluß nach Vorschrift des Gesetzes hätte vorhanden sein müssen, um in Verbindung mit der Willenserklärung den rechtlichen Erfolg zu verursachen, nicht hinzugetreten.

b) Was versteht das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Begriff „Rechtsgeschäft"?

§ 5.

Der 3. Abschn. des 1. Buches des Bürgerlichen Gesetzbuches trägt die Überschrift „Rechtsgeschäfte". Dieser Abschnitt enthält sechs Titel: Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung usw. Schon allein aus diesen Überschriften sieht man, daß es dem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht darauf ankommt, den Begriff des Rechtsgeschäfts gesetzlich zu fixieren. Vielmehr gibt es in den unter der Überschrift „Rechtsgeschäfte" befindlichen sechs Titeln einzelne Vorschriften, die Beziehung haben auf ein „Rechtsgeschäft". Sache der Wissenschaft ist es, aus diesen einzelnen Vorschriften den allgemeinen Begriff zu deduzieren.

Schon oben (S. 12) ist darauf hingewiesen worden, daß der Gesetzgeber nicht ein völlig neues Recht, nicht etwa „ein Recht von oben herab",[1]) vielleicht nach der Auffassung der naturrechtlichen Schule des 18. Jahrhunderts, hat geben wollen. Unser Gesetzbuch ist nach den von der historischen Schule verkündeten Lehren verfaßt worden. In fast allen vom Gesetzbuch aufgestellten Rechtssätzen

[1]) Planck Bd. 1 Einleitung III, 3 S. 19.

kann man das Resultat einer langjährigen historischen Entwicklung erkennen.

So auch hier. Das Bürgerliche Gesetzbuch steht in seinen Vorschriften, die es über das Rechtsgeschäft gibt, auf dem Boden des gemeinen Rechts. Die Motive[2]) definieren das Rechtsgeschäft in der oben S. 19 angegebenen Weise.[3]) Obwohl diese Begriffsbestimmung den Vorschriften des Gesetzes zugrunde gelegen hat, soll doch der Wissenschaft freier Spielraum gewährt werden.[4]) Es sind daher die einzelnen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs heranzuziehen und zu untersuchen, ob die den Vorschriften zugrunde gelegte Definition wirklich gerechtfertigt ist.

Der erste Titel handelt von der Geschäftsfähigkeit. § 104 bestimmt, wer unter denen, die rechtsfähig sind, als geschäftsfähig zu betrachten ist: geschäftsunfähig ist, wer usw. Hierzu bestimmt § 105, daß die von einem solchen Geschäftsunfähigen abgegebene Willenserklärung nichtig ist. In diesem Satze ist ein weiteres Erfordernis des Rechtsgeschäfts enthalten. Von diesem handelt der zweite Titel des Abschnittes.[5]) Zu einem Rechtsgeschäft

---

[2]) Bd. 1 S. 126.

[3]) Ebenso Prot. II S. 268; vgl. Mugdan S. 729.

[4]) Planck Bd. 1 Vorbem. z. 3. Abschn. Teil 1.

[5]) Es werden hier diejenigen Tatsachen aufgezählt, die eine Willenserklärung tangieren, d. h. unter welchen Voraussetzungen eine solche nichtig oder nur anfechtbar ist, und ferner werden die Schadensersatzansprüche derer festgestellt, die solchen nichtigen oder anfechtbaren Willenserklärungen

bedarf es einer Willenserklärung. Daß der Wille erklärt werden muß hinsichtlich rechtlich relevanter Tatsachen, folgt schon z. B. aus § 118, wonach eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, nichtig ist. Aber über jene Fragen, die im gemeinen Recht so sehr bestritten waren, über die Frage nach dem Grunde des Eintritts der Rechtsfolge, ob diese eintrete allein auf Grund der Rechtsordnung, oder ob einzig die Privatwillenserklärung die Rechtsfolge herbeiführe, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nichts gesagt.[6]) Ebensowenig hat auch das Gesetzbuch darüber Vorschriften erlassen, welcher der beiden Faktoren die causa efficiens für den Eintritt einer Rechtsfolge bilde, die Willenserklärung allein oder der hinzukommende Tatumstand, ob ferner schon ein vollendetes Rechtsgeschäft vorliege, wenn der Wille, der die Rechtswirkung herbeiführen soll, in gehöriger Weise erklärt ist, mag auch der Eintritt der Rechtswirkung noch von einem anderen Tatumstand abhängig sein, oder ob es zum Begriffe des Rechtsgeschäfts gehöre, „daß dieses allein für sich die rechtliche Wirkung hervorbringe". So meint Bruck (S. 4), es sei von Wichtigkeit, daß jedes Rechtsgeschäft eine rechtliche Wirkung hervorbringe. Aus diesem Satz, den er nicht näher er-

---

vertraut haben. Näheres im Gesetze zu vgl. S. auch §§ 126 ff. bezüglich der allgemeinen Vorschriften über die Formen.

[6]) vgl. hierüber Endemann Bd. 1 § 60 Anm. 15.

örtert, zieht er die Konsequenzen, auf die unten (S. 45 f.) näher einzugehen ist.

Nach den obigen Ausführungen werden wir auch hier für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs sagen müssen: bei allen zusammengesetzten Tatbeständen bildet den „Kern" der von den Parteien erklärte Wille.[7]) Ohne ihn kann es zu keinen Rechtswirkungen kommen. Wir haben es schon dann mit einem vollendeten Rechtsgeschäft zu tun, wenn es auch noch des Hinzutritts eines besonderen Tatumstandes bedarf, um die von den Parteien gewünschte rechtliche Folge zu bewirken.[8]) So sagt Planck,[9]) die Wirksamkeit mancher Rechtsgeschäfte hänge noch davon ab, daß zu der einseitigen Willenserklärung (oder zu dem Vertrage)[10]) noch ein anderer Tatumstand hinzutrete;[11]) ähnlich meint Stöver (S. 162), das Bürgerliche Gesetzbuch sehe als Rechtsgeschäft nur die Parteihandlung an, unbekümmert darum, ob die rechtliche Wirkung sich an diese allein anknüpfe oder nicht; ferner Staudinger[12]): „Die letztwillige Verfügung ist schon Rechtsgeschäft, auch wenn der Verfügende noch lebt, also die Wirkung noch nicht eintreten kann".

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß für den Be-

---

[7]) vgl. oben S. 20 Anm. 23.

[8]) Übereinstimmend Oertmann S. 451.

[9]) Bd. 1 Vorbem. zum 3. Abschn. Teil 6 S. 181.

[10]) s. unten § 6.

[11]) vgl. die von ihm an dieser Stelle angeführten Beispiele.

[12]) Bd. 1 S. 326; vgl. auch Oertmann a. a. O.

griff des Rechtsgeschäfts die in der gemeinrechtlichen Doktrin entwickelte Definition auch für das Bürgerliche Gesetzbuch zutrifft.[13])

B. Begriffsbestimmung des Vertrages.

§ 6.

Auch für den Vertrag gibt das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition. Die allgemeinen Vorschriften über Verträge finden sich im 3. Titel des 3. Abschn. Um zu einer Begriffsbestimmung zu gelangen, ist es wieder notwendig, aus den einzelnen Vorschriften des Gesetzes die zum Begriff des Vertrages erforderlichen Elemente zu gewinnen.

Der dritte Titel ist eine Unterabteilung des mit dem

---

[13]) So auch die gemeine Meinung. Endemann Bd. 1 § 61 S. 277 gibt folgende Definition: „Rechtsgeschäft ist die auf Herstellung eines zivilrechtlichen Tatbestandes gerichtete Privatwillenserklärung, deren Rechtsfolgen dem Handelnden auf Grund seiner Geschäftsfähigkeit als gewollt zugerechnet werden". M. E. ist es unnötig, hervorzuheben: a) daß die Privatwillenserklärung auf Herstellung eines zivilrechtlichen Tatbestandes sich richten muß. Rechtsgeschäfte können nur auf dem Gebiete des Zivilrechts vorkommen. b) Wie oben S. 18 f. angeführt, ist in dem Begriffe der Privatwillenserklärung das Moment der Geschäftsfähigkeit schon enthalten, denn die Rechtsordnung berücksichtigt nur die Erklärungen derjenigen, die imstande sind, rechtlich relevante Erklärungen abzugeben. Nur ein nach den Vorschriften der Rechtsordnung „Fähiger" hat die „Fähigkeit", seinen Willen in der Weise zu erklären, daß er damit eine juristische Veränderung in der Außenwelt hervorruft. Über die Begründung seiner Definition vgl. Endemann Bd. 1 § 60 Anm. 20.

Begriff „Rechtsgeschäfte" überschriebenen Abschn. 3. Daraus folgt, schon rein äußerlich angedeutet, daß die Merkmale eines Rechtsgeschäfts im Vertragsbegriffe enthalten sein müssen.

§ 145 sagt: Wer einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn usw. Aus dieser Bestimmung folgt, daß es sich bei dem Vertrage um mindestens zwei Personen handeln muß, die einander als Kontrahenten gegenüberstehen. Einem Antrag entspricht auf der anderen Seite eine Annahme. Über den Antrag und die Annahme enthalten die §§ 145 bis 150 allgemeine Bestimmungen. Hier bedarf es stets einer Erklärung der Annahme. Anders im § 151, der die Fälle normiert, in denen es einer solchen Annahmeerklärung nicht bedarf.

Antrag und Annahme bilden Willenserklärungen. Was das Ziel dieser Willenserklärungen ist, besagen die §§ 154, 155, aber auch nur negativ. Es heißt im § 154: Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrages geeinigt haben ..., ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen (ähnlich § 155). Aus dieser Bestimmung folgt mit Sicherheit, daß der Vertrag gerichtet sein muß auf ein Einigsein über alle Punkte der beiderseitigen Willenserklärungen, d. h. die beiderseitigen Willenserklärungen müssen zusammenschießen und sich verbinden zur Hervorbringung eines und desselben rechtlichen Erfolges.

Als Vertrag ist demnach zu bezeichnen der Zusammen-

schluß zweier rechtsgeschäftlicher Willen zu einem einzigen, der gerichtet sein muß auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges; ferner ist es notwendig, daß die „Zusammenschließung der beiden Willen zu einem einzigen den genügenden Ausdruck erhält".[1])

Über diese Definition ist man sich in der Wissenschaft und Praxis einig.[2]) So sagt Endemann,[3]) daß ein Vertrag zustande komme durch die Willenseinigung zweier oder mehrerer Personen, die sich auf die Herbeiführung eines gemeinsam gewollten und sie als gegenüberstehende Parteien verbindenden Rechtserfolges beziehe.[4])

Bruck (S. 1) führt eine Definition des Vertrages an, die Binding[5]) aufgestellt hat. Binding hat den Vertrag definiert als das Rechtsgeschäft, das durch zwei von verschiedenen Rechtssubjekten ausgehende, auf denselben Zweck gerichtete, einander notwendig ergänzende Handlungen verschiedenen Inhalts begründet wird. Dem Vertrage stellt Binding gegenüber die Vereinbarung, die für ihn die Verschmelzung verschiedener, inhaltlich gleicher Willen ist. Der Vertrag, wird hier weiter aus-

---

[1]) Planck Bem. 1 zum 3. Titel des 3. Abschn.

[2]) vgl. Planck ebenda.

[3]) § 68 S. 318.

[4]) Ähnlich auch Dernburg, Pand. § 92 S. 215; Oertmann S. 451; Windscheid-Kipp § 69 S. 315: „Der von dem einen erklärte Wille muß durch die Willenserklärung des anderen ergriffen und festgehalten werden. Das zweiseitige Rechtsgeschäft heißt mit einem geläufigeren Ausdruck Vertrag"; s. auch Anm. 2.

[5]) Gründung des Nordd. Bundes, Leipzig 1889.

geführt, sei nur eine Willensbindung, keine Willenseinigung der Kontrahenten, denn ihr Wille müsse verschiedenen Inhalt besitzen und könne somit zu einem Gesamtwillen nicht zusammenfließen. Mit Recht macht Bruck (S. 2) gegen diese Definition geltend, daß beim Vertrage nur ein Wille in die Erscheinung trete, der Vertragswille.[6]) „Die Willen der Kontrahenten müssen übereinstimmen, sonst kommt es zu keinem Vertrage" (S. 2). Und mit Recht verweist er auch auf § 705, der diesen Satz bestätigt. So kommt Bruck (S. 3) dazu, daß an der herrschenden Vertragsdefinition festzuhalten sei, nach der jeder Vertrag die Vereinigung des Willens zweier oder mehrerer Personen zu einer übereinstimmenden Willenserklärung ist. Er stellt dann weiter den allgemeinen Satz auf, jeder Vertrag sei eine Einigung. Man wird ihm schwerlich deswegen entgegentreten können. Auch darin nicht, daß er den Vertrag dem weiteren Begriffe des Rechtsgeschäfts unterordnet.[7]) Wie oben (S. 25) ausgeführt ist, ist aber nach ihm nur dasjenige Geschäft als ein Rechtsgeschäft zu bezeichnen, welches, für sich allein genommen, einen selbständigen rechtlichen Erfolg herbeizuführen vermag, folglich, da der Vertrag ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ist, verdient nur diejenige „Einigung" die Bezeichnung „Vertrag", die von sich aus einen „bestimmten selbständigen" (S. 12) Erfolg herbeizuführen imstande ist. Seine Ansicht läßt er unbewiesen. Sie

[6]) Planck Bem. 1 zum 3. Titel des 3. Abschn. S. 259.

[7]) s. oben S. 27 f.

dürfte auch schwerlich im Gesetze eine Stütze finden.[8]) In dieser Beziehung gilt das oben S. 19 f., 25 f. Gesagte, wonach man auch hier von einem wirklichen, vollendeten Vertrage schon dann sprechen kann, wenn die rechtlichen Wirkungen noch von dem Hinzutritt anderer, von dem Parteiwillen unabhängiger Tatsachen abhängig sind.[9])

C. Arten der Verträge.

a) Obligatorische, dingliche Verträge.

§ 7.

Den Geltungsbereich der Verträge hatte die Wissenschaft früher einzig auf das Obligationenrecht beschränkt. So meint noch Vangerow,[1]) das Wesen eines jeden Vertrages bestehe in einem Versprechen, und die aus einem solchen Vertrage hervorgehende Klage könne nur darauf gerichtet sein, daß der andere Teil das Versprechen erfülle. Aus einem Vertrage könne nur eine Obligation entstehen. Demgegenüber hatte schon Savigny[2]) be-

[8]) vgl. unten Anm. 9.

[9]) So auch Oertmann S. 451 u. Stöver S. 164, der im Anschluß an die Prot. S. 3396 (Mugdan Bd. 3 S. 526) mit Recht darauf hinweist, daß nach § 1741 derjenige, der keine ehelichen Abkömmlinge hat, durch Vertrag mit einem anderen diesen an Kindesstatt annehmen kann, daß dieser Vertrag — die Annahme an Kindesstatt — aber in Kraft tritt nach § 1754 nicht schon mit dem Abschluß des Vertrages, sondern erst mit der Bestätigung durch das Gericht.

[1]) Bd. 1 § 350 S. 752 f.

[2]) Bd. 3 S. 310.

tont, daß im Privatrecht bei allen Arten der ihm angehörenden Rechtsinstitute Verträge möglich seien, daß auch die Tradition ein wahrer Vertrag sei, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen würden: sie enthalte von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigentums gerichtete Willenserklärung, und es würden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt.[3]) Zur Unterscheidung von dem obligatorischen Vertrage nannte er diesen Vertrag des Sachenrechts den dinglichen.[4])

Die Ausdehnung des Vertragsbegriffes auf den dinglichen Vertrag hat in der gemeinrechtlichen Doktrin zahlreiche Anhänger gefunden, wenn Savignys Lehre auch nicht unwidersprochen geblieben ist.[5])

Auch das Bürgerliche Gesetzbuch hat den Vertragsbegriff nicht auf das Recht der Schuldverhältnisse beschränkt. „Der Vertrag ist eine Rechtsform, die für alle Teile des Rechts verwendbar und unentbehrlich ist. Er kann die Begründung oder Aufhebung eines Schuldverhältnisses betreffen, er kann dinglicher, familienrechtlicher oder erbrechtlicher Vertrag sein.“ [6]) [7])

---

[3]) a. a. O. S. 312.

[4]) a. a. O. S. 313.

[5]) Näheres zu vgl. bei Steyert § 2.

[6]) Planck Bd. 1 Bem. 2 zum 3. Titel d. 3. Abschn.

[7]) Familienrechtlicher Vertrag, z. B. Eingehung einer Ehe, Annahme an Kindesstatt. Verlöbnis bestritten. Erbrechtlicher Vertrag, z. B. Erbvertrag, Erbverzicht. S. Stöver S. 163 Anm. 60.

Äußerlich bringt das Bürgerliche Gesetzbuch diesen Gedanken des Geltungsbereiches des Vertragsbegriffes auf alle Teile des Rechts dadurch zum Ausdruck, daß es die allgemeinen Vorschriften über Verträge nicht dem Recht der Schuldverhältnisse einverleibt hat, sondern den vier besonderen Teilen des Gesetzbuches im allgemeinen Teile vorangestellt hat.

b) Abstrakte, nichtabstrakte Verträge.

§ 8.

Gewöhnlich lassen die Rechtsgeschäfte, also auch die zweiseitigen, die Verträge, den Zweck, den sie verfolgen, deutlich erkennen. A gibt B eine Summe Geldes und läßt bei dieser Vermögenszuwendung erkennen, welches die Ursache, die causa, für diesen Vertrag ist; er gibt ihm das Geld, um es ihm entweder zu schenken, oder um ihm ein Darlehn zu gewähren, oder er will dem B gegenüber ihm aus einem Kaufgeschäfte obliegende Verbindlichkeiten realisieren. Man nennt diese Geschäfte kausale Geschäfte, d. h. es wird verlangt, daß der objektive Bestand der causa in Ordnung ist.[1]) A gibt dem B 100 Mark; B glaubt die Summe als Geschenk zu erhalten, während A ihm das Geld nur leihen wollte. In diesem Falle sind sich die Parteien über die ihrem Geschäfte zugrunde liegende causa nicht einig geworden,

[1]) Ähnlich Dernburg, Pand. Bd. 1 § 95 S. 220.

während nach den Vorschriften des Gesetzes eine Einigung darüber hätte herbeigeführt werden müssen.[2])

Im Gegensatz zu dieser Gruppe der kausalen Geschäfte kennt das Recht eine Reihe von Rechtsgeschäften, bei denen zwar vernünftigerweise stets auch ein Zweck, eine causa, vorhanden sein wird,[3]) „die aber rechtsbeständig werden, auch ohne daß sich die causa, welche zu ihrer Einigung führte, verwirklicht",[4]) und die daher von dem Bestande der causa unabhängig, von ihr losgelöst sind, sogen. abstrakte Geschäfte. Diese Loslösung des Geschäfts von seiner causa beruht vorwiegend auf praktischen Gründen, insbesondere der Bequemlichkeit und Verkehrssicherheit.[5])

Die abstrakten Geschäfte werden eingeteilt: a) in die sogen. notwendig abstrakten Geschäfte, d. h. solche, bei denen es nicht im Belieben der Parteien steht, sie zu abstrakten zu stempeln, die vielmehr vom Gesetze zu solchen gemacht sind. Hierfür bietet das ältere römische Recht Beispiele in der mancipatio und in iure cessio.

---

[2]) Gänzlicher Dissens bezw. Dissens über essentialia macht stets den Vertrag nichtig, nicht bloß anfechtbar, Fischer-Henle Anm. 3 zu § 155.

[3]) Oertmann S. 301 bemerkt mit Recht, daß entweder der Zweck unmittelbar Bestandteil des Geschäfts sein kann (so bei den sogen. kausalen Geschäften), oder daß er außerhalb des geschäftlichen Tatbestandes steht, so daß eine Affizierung des Zwecks der Gültigkeit des Geschäfts nicht ohne weiteres schadet.

[4]) Dernburg a. a. O.

[5]) Dernburg a. a. O.; Näheres s. bei Oertmann S. 301.

Das typische Beispiel für ein notwendig abstraktes Geschäft haben wir im modernen Recht im Wechsel und in der Auflassung. b) Die zweite Art der abstrakten Geschäfte nennt Dernburg[6]) die willkürlich abstrakten Geschäfte; dies sind solche, die auf Grund der Parteiabrede abstrakt gestellt werden können. Dernburg[7]) bezeichnet als solches die traditio des gemeinen Rechts, deren abstrakter Charakter erst nach langem wissenschaftlichen Streite festgestellt wurde.

Bei allen abstrakten Geschäften ist aber ein Moment von höchster Wichtigkeit. Die Geschäfte sind, wie wir gesehen haben, zwar von ihrem Rechtsgrunde losgelöst, so daß z. B. nach § 925 das Eigentum infolge der abstrakten Auflassung und der nachträglichen Eintragung in das Grundbuch übergegangen ist, aber, wie oben erwähnt, ist es vernünftigerweise unmöglich, daß bei einem Rechtsgeschäft eine causa nicht vorhanden ist. Nur soll sie aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht sofort berücksichtigt werden. Ihre Wirksamkeit zeigt sich indessen, wenn der Erwerber etwas ohne rechtlichen Grund erlangt hat, wenn er sich auf Kosten des Gegners ungerechtfertigt bereichert hat. Zwar ist in unserem Beispiel das Eigentum übergegangen und demgemäß ein dinglicher Anspruch, eine rei vindicatio, unmöglich. Dem hilft das Gesetz durch Gewährung eines obligatorischen Anspruches, einer con-

---

[6]) a. a. O.

[7]) a. a. O. S. 271.

dictio, ab. Kommt die vorgestellte causa bei dem abstrakten Geschäft nicht zustande, so wird dem Geschädigten eine condictio sine iusta causa oder causa data, non secuta oder finita gegeben usw. Heute Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus den §§ 812ff.

Dritter Abschnitt.

Der dingliche Vertrag im einzelnen.

A. Vorbemerkung: Die Einigung des § 854.

§ 9.

Der § 854 BGB. handelt von den Erfordernissen, die zur Erlangung des Besitzes an einer Sache nötig sind. Der Besitz kann erworben werden, wie aus § 854 hervorgeht, auf zweierlei Art, entweder ohne den Willen des bisherigen Besitzers oder mit seinem Willen. Im zweiten Falle sprechen wir vom konsensualen Besitzerwerb oder vom Besitzerwerb durch Übergabe.[1]) Zum Besitzerwerb durch Übergabe gehört der vom Auktor erklärte Wille, den Besitz auf den Erwerber übergehen zu lassen, und der erklärte Wille des anderen, den Besitz zu erwerben, ein auf den Besitzerwerb gerichteter consensus der beiden. Das Bürgerliche Gesetzbuch nennt diesen consensus eine Einigung. Es spricht sich im § 854 nur für den Fall aus, daß die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers zum Erwerbe genügt, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

[1]) So auch Planck Bd. 3 Anm. 1a zu § 854.

Daraus folgt, daß zum Erwerbe des Übergabebesitzes neben der Übergabe die Einigung der Parteien erforderlich ist, denn fehlt diese, so hätten wir nur den Besitzerwerb nach Abs. 1 des § 854.

Unter welchen juristischen Typus fällt die Einigung des § 854? Begrifflich setzt eine Einigung mindestens zwei Personen voraus, die einander erklären, sie wollen einer dem anderen den Besitz verschaffen. Mit dieser Willenserklärung bezwecken sie eine rechtliche Wirkung. Von nun ab soll nicht mehr A der Besitzer sein, sondern A will und erklärt, B solle besitzen, während B damit einverstanden ist und seinerseits den Besitz erwerben will. Vergegenwärtigen wir uns den Tatbestand des § 854 Abs. 2: a) Der Erwerber muß in der Lage sein, die Gewalt über die Sache auszuüben. b) Wenn diese Voraussetzung zutrifft, so genügt zum Erwerbe des Besitzes, wenn der bisherige Besitzer und der Erwerber einig sind über den Erwerb des Besitzes. Die Einigung und nur sie allein bringt einen rechtlich relevanten Erfolg zustande, und zwar dienen die beiderseitigen Willenserklärungen zur Hervorbringung eines und desselben rechtlichen Erfolges. Es dürften demnach die Merkmale eines Vertrages in der Einigung des § 854 Abs. 2 enthalten sein. Dieser Ansicht ist auch Strohal[2]): Die Einigung bezwecke einen durch sie herbeizuführenden rechtlichen Erfolg, sei also

[2]) Sachbesitz S. 81.

ein Vertrag im technischen Sinne.[3]) Ähnlich Turnau-Förster[4]): Die Einigung habe den Übergang des unmittelbaren Besitzes von dem bisherigen Besitzer auf den Erwerber zum Inhalt. Und nach Crome[5]) ist die Einigung nicht ein äußerliches Zusammenstimmen zweier an sich fremder Willenserklärungen, sondern ein durch wechselseitige Konsenserklärung vermitteltes Zusammenwirken der Parteien auf einen dadurch herbeizuführenden rechtlichen Erfolg, also ein Vertrag.[6]) Auch Bruck,[7]) Stöver,[8]) Fischer-Henle,[9]) Biermann[10]) halten die Einigung für einen Vertrag. Dagegen meint Planck,[11])[12]) es erscheine nicht unzweifelhaft, ob die hier fragliche Einigung ein Rechtsgeschäft sei. Aber er gibt zu, daß die Einigung des Abs. 2 eine Voraussetzung des Besitzerwerbs bilde. Es ist daher nur konsequent, die Einigung,

---

[3]) Wie Strohal hier weiter bemerkt, dürfe nicht irre machen, daß das Gesetz den Ausdruck „Vertrag" nicht gebrauche. Welche Gründe den Gesetzgeber hierzu veranlaßt haben, s. oben S. 12.

[4]) Bd. 1 Anm. 4 zu § 854 S. 53.

[5]) Bd. 3 § 347 S. 40.

[6]) vgl. auch Anm. 27 bei Crome a. a. O.

[7]) S. 21.

[8]) S. 167.

[9]) Anm. 8 zu § 85.

[10]) Anm. 7 zu § 854 S. 8.

[11]) Anm. 3 a zu § 854.

[12]) Gegen die Vertragsnatur auch Maenner § 16 S. 133, der sie als Rechtshandlung bezeichnet wissen will (vgl. Anm. 8 in § 16; s. auch die 1. Aufl. § 16 S. 97 Anm. 10).

da sie aus Willenserklärungen besteht, die sich auf den Besitzerwerb richten und die somit rechtlich erheblich[13]) sind, als Vertrag zu bezeichnen. Für den Zweifel an der Vertragsnatur der Einigung gibt Planck keine Gründe an. Indessen hat nach seiner Ansicht der Streit um die Vertragsnatur der Einigung nur geringe praktische Bedeutung, denn da es sich um rechtlich erhebliche Erklärungen handle, rechtfertige sich die Anwendung der Bestimmungen über den Einfluß von Geschäftsunfähigkeit und Willensmängeln, über Bedingung, Zeitbestimmung sowie über Vertretung.[14])

Streit besteht in der Literatur über die Anwendung der Vorschriften des allgemeinen Teils über den Vertragsantrag und dessen bindende Kraft (§§ 145 ff.). Behauptet wird die Anwendung dieser Vorschriften namentlich von Windscheid-Kipp,[15]) aber nur für den Fall des § 854 Abs. 2. Es entsteht die Frage, wenn jemand den Besitzübergang angeboten hat und, bevor der andere diese Offerte akzeptiert hat, widerruft, ob dieser Widerruf nach den Sätzen vom Widerruf des Vertragsantrages zu beurteilen ist. Da es sich hier um einen Vertrag handelt, so „dürfte die analoge Anwendung der Vertragsgrundsätze in dem Sinne berechtigt sein, daß auf Grund des Angebots des Tradenten der Erwerber durch seine An-

[13]) Planck Anm. 3a zu § 854.

[14]) Planck a. a. O. So auch die gemeine Meinung; vgl. auch Biermann Anm. 7 zu § 854.

[15]) Bd. 1 S. 737 (8 Aufl.).

nahme den Besitz erlangen kann unter denselben rechtlichen Bedingungen, unter denen er einen Vertragsantrag annehmen kann, selbst wenn er (ungültig) zurückgenommen ist (§§ 145 ff.)".

Es wird bei Windscheid-Kipp weiter der Fall erörtert, daß der Besitz nicht nach § 854 Abs. 2 übergeht; in diesem Falle geht der Besitz auf den Erwerber erst über, wenn „dieser auf Grund der Verabredung mit dem bisherigen Besitzer den Besitz tatsächlich ergriffen hat". Es würde sich aber um verbotene Eigenmacht handeln, wenn der Erwerber den Besitz ergreift, obwohl der andere seine Zustimmung zur Tradition zurückgezogen hat.[16]) Derselben Ansicht Planck[17]) und Staudinger.[18]) Dagegen Biermann (S. 9), der die Frage „richtiger" überhaupt verneint wissen will, da Besitzergreifung durch den Erwerber nach Zurückziehung des Antrags stets verbotene Eigenmacht darstelle.[19])

Doch ist nicht einzusehen, warum man auf die Offerte im Fall des § 854 Abs. 2 nicht die Grundsätze der §§ 145 ff. anwenden soll, da wir es doch mit einem Vertrage zu tun haben. Anders ist es freilich, wenn der Tradent erst noch den Besitz übergeben muß. Mag auch in diesem

---

[16]) Hiervon eine Ausnahme im Fall der erlaubten Selbsthilfe, Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 737 (8. Aufl.).

[17]) Planck a. a. O.

[18]) Anm. II, 2b zu § 854.

[19]) So auch neuerdings Windscheid-Kipp 9. Aufl. Bd. 1 S. 837 im Anschluß an ERG. in Seufferts Arch. Bd. 60 S. 16 ff.

Fall die hinsichtlich der Einigung gemachte Offerte bindend sein, so gehört zum vollendeten konsensualen Besitzerwerb noch die Übergabe.

Es ist ferner streitig die Anwendung der §§ 328 ff. über das Versprechen der Leistung an einen Dritten. Das dürfte zu verneinen sein. Denn nach § 854 Abs. 2 ist die Einigung über den Besitzübergang erforderlich mit der Person, die in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben. Diese Person ist der Erwerber, und mit dieser muß sich der bisherige Besitzer einigen.[20]) Anderer Ansicht ist Strohal.[21]) Doch beweist das Vorkommen von Verträgen auf anderen Gebieten des bürgerlichen Rechts nichts für unsere Frage. Außerdem kann durch einen Vertrag zugunsten eines Dritten, wie Biermann mit Recht bemerkt, nur eine „Leistung" zugewendet, also ein Anspruch für ihn begründet werden; davon sei hier keine Rede.[22])[23])

---

[20]) Übereinstimmend die herrschende Meinung; vgl. Biermann S. 9; Planck Anm. 3a zu § 854; Staudinger Anm. II, 2c zu § 854; Turnau-Förster S. 92 Anm. III B, 2; vgl. auch Hellwig S. 53 f., der mit Recht hervorhebt, daß, wenn jemand durch sein Rechtsgeschäft einem Dritten ein dingliches Recht oder ein Besitzrecht verschaffen will, er dies nur als Stellvertreter des Dritten bewirken kann.

[21]) Sachbesitz S. 86.

[22]) Auch Leonhard will die Vorschriften der §§ 328 ff. auf diese Einigung angewendet wissen. Ein Vertrag zugunsten eines Dritten soll deshalb zulässig sein, weil das Gesetz zum Besitzerwerb nicht notwendig einen Willen erfordere. Vgl. S. 58.

[23]) vgl. auch unten § 18.

B. Erfordernisse der dinglichen Rechtsänderung im besonderen.

a) Einigung.

1. Einigung des § 873.

aa) Rechtliche Natur.

§ 10.

§ 873 Abs. 1 lautet: Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

Es bedarf nach den Gesetzesbestimmungen zu einer dinglichen Rechtsänderung an Grundstücken zweier Erfordernisse, der Einigung über die dingliche Rechtsänderung und der Eintragung dieser Rechtsänderung in das Grundbuch. Von diesen beiden Erfordernissen soll das erste, die Einigung, zunächst betrachtet werden. Oben (§ 3) ist das Nötige über die Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen ausgeführt worden. Es war dort darauf hingewiesen, daß die 2. Kommission den Ausdruck „Vertrag", der sich im 1. Entwurf fand, gestrichen hatte, ohne aber damit etwas anderes ausdrücken zu wollen, als daß man der wissenschaftlichen Konstruktion nicht vorgreifen wolle.

Welche juristische Natur kommt der Einigung des § 873 zu? Es ist zweifellos, daß begrifflich eine Einigung mindestens zwei Personen, die einander als Parteien gegenüberstehen, voraussetzt. Ferner ist im Begriffe einer Einigung enthalten, daß die als Parteien einander gegenüberstehenden Personen Willenserklärungen abgeben, die sich auf ein und dasselbe den beiden Parteien — § 873 Abs. 2 spricht von den „Beteiligten" — vorschwebende Ziel richten. Beide wollen dieselbe rechtliche Wirkung durch ihre Erklärungen. Sie wollen sich „einigen" über den Übergang des Eigentums oder über die Belastung eines Grundstücks oder eines Immobiliarrechts mit einem Rechte oder über die Übertragung eines solchen Rechts. Oben (S. 25 f.) haben wir die Frage erörtert, ob auch dann schon ein fertiges Rechtsgeschäft und, da der Vertrag sich als ein zweiseitiges Rechtsgeschäft darstellt, demgemäß schon ein fertiger Vertrag vorliegt, wenn noch der Hinzutritt eines anderen Tatumstandes vom Gesetze gefordert wird für den Eintritt der bezweckten rechtlichen Wirkung. Als Beispiel gebrauchten wir an jener Stelle besonders das Testament. Hier haben wir es mit einem weiteren Beispiel zu tun. § 873 Abs. 1 enthält gleichfalls einen sogen. zusammengesetzten Tatbestand. Die rechtliche Wirkung tritt nach dem Gesetz nicht schon ein, nachdem sich die Beteiligten über die dingliche Rechtsänderung geeinigt haben, sondern es bedarf dazu noch des Hinzutritts eines anderen Tatumstandes. Die mit der Einigung beabsichtigte Rechtsänderung muß in das Grundbuch ein-

getragen werden. Die formellen Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit der Grundbuchrichter die Eintragung vornehmen kann, finden sich in der Grundbuchordnung. Auf diese und die Eintragung selbst ist unten § 12 näher einzugehen. Eines nur sei hier bemerkt: die Eintragung selbst ist dem Parteiwillen entzogen; sie ist ein Akt der Obrigkeit, der Staatsgewalt. Die Parteien können weiter nichts als alles tun, um die für die Eintragung erforderlichen Voraussetzungen zu schaffen. Zu diesen gehört vor allem die Einigung. Wie wir gesehen haben, ist sie eine beiderseitige Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, auf die Rechtsänderung. Der Erfolg tritt hier deswegen ein, weil er von den Parteien gewollt ist. Daß es für das Vorliegen des Vertrages nichts schadet, wenn der gewollte rechtliche Erfolg noch vom Hinzutritt anderer Tatumstände durch das Gesetz abhängig gemacht wird, war bereits früher (§ 6) erläutert. Es ist daher nicht einzusehen, warum man die Einigung nicht als einen Vertrag im technischen Sinne aufzufassen habe.

Wie oben § 2 kurz erwähnt, ist die rechtliche Natur der Einigung in der Wissenschaft lebhaft bestritten.

So stellt Bruck (S. 4, 5, 12) den Satz auf, daß jeder Vertrag einen bestimmten selbständigen Erfolg haben müsse. Wie schon erwähnt, beweist er diesen Satz nicht weiter. Nun fehle aber dieser bestimmte selbständige Erfolg der Einigung; daher sei sie kein Vertrag. Auch dann nicht, wenn sie nach der Eintragung zustande komme,

da sich die rechtliche Wirkung nicht an sie allein knüpfe, sondern eintrete, weil die anderen Voraussetzungen für die Entstehung der dinglichen Rechtsänderung erfüllt gewesen seien. Die Einigung stelle den Typus eines neuen Rechtsbegriffes dar (S. 14). Ein Vertrag sei sie nicht aus den angegebenen Gründen und von den Kontrakten des Obligationenrechts unterscheide sie sich dadurch, daß sie keine Verpflichtungen erzeuge.[1]) Um die dingliche Rechtsänderung zu bewirken, müsse zu der Einigung die Eintragung hinzukommen. Es seien daher die Einigung und die Eintragung die Erfordernisse eines einheitlich gedachten Rechtsaktes (S. 15). Wohl könne es geschehen, daß Einigung und Eintragung weit auseinander gerissen würden, trotzdem gehörten sie beide zusammen und bildeten rechtlich eine Einheit (S. 16).

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt Eccius.[2]) Er geht aus von der Bestimmung des § 1396: „Verfügt die Frau durch Vertrag ohne Einwilligung des Mannes über eingebrachtes Gut, so . . .“ Wirkliche Verfügungen, sagt Eccius, die eine dingliche Rechtsänderung herbeiführen sollen, setzen aber regelmäßig Einigung und Übergabe (so bei beweglichen Sachen) oder Einigung und Eintragung voraus. Es werde hiernach im § 1396 der aus Einigung und Eintragung oder Einigung und Übergabe gebildete Hergang als Vertrag bezeichnet, und die wissenschaftliche Erörterung brauche für diesen als Verfügung

[1]) Hierüber vgl. unten § 16.

[2]) Gruchot Bd. 47 S. 51 ff.

wirksamen Hergang die Bezeichnung „dinglicher Vertrag“ nicht zu vermeiden. Aus den obigen Erörterungen folgt aber, daß der Einigung allein, da sie den Vertrag über die dingliche Rechtsänderung darstellt, die Bezeichnung „dinglicher Vertrag“ zukommen muß. Eccius ist der Ansicht, daß die bloße Einigung, losgelöst von der Eintragung, überhaupt kein wirksames Geschäft unter Lebenden, daß sie überhaupt mit irgendwelchen Rechtswirkungen nicht ausgestattet sei, die schon vor der Eintragung bestänben (S. 52). Es dürfte indessen nicht zutreffend und auch nicht zu beweisen sein, daß § 1396 mit dem Ausdruck Vertrag die Einigung wie die Eintragung (bezw. Übergabe) hat bezeichnen wollen. Denn ein Vertrag ist eben schon dann fertig, wenn auch ein anderer Tatumstand zu den Erklärungen der Parteien hinzutreten muß, um diesen Rechtswirksamkeit zu verschaffen. Übereinstimmend sagt Förster[3]): „Das Bürgerliche Gesetzbuch selbst nennt ... im § 1396 die dingliche Einigung schlechthin Vertrag“. Und S. 56 wirft er die Frage auf, ob das Bürgerliche Gesetzbuch auf dem Gebiete des Liegenschaftsrechts unter Vertrag nur die Einigung in Verbindung mit der Eintragung verstehe. Diese Frage sei mit einer „recht gekünstelten Begründung“ bejaht worden. Weiter heißt es dort, wenn man sich den Begriff des Vertrages vergegenwärtige, so werde man schwerlich leugnen können, daß ein Vertrag sich aus Erklärungen der Beteiligten

---

[3]) Im Recht 1903 S. 54/55.

zusammensetzte, daß der Eintritt des beabsichtigten Erfolges der Erklärungen dagegen nicht zu den Bestandteilen des Vertrages gehöre.

Auch aus der Tatsache, daß es bei der Einigung eine einseitige Gebundenheit im Sinne des § 145 nicht geben könne, will Eccius ein weiteres Argument dafür gefunden haben, daß der Einigung keine Vertragsnatur zuzusprechen sei.[4])

Einen eigentümlichen Standpunkt nimmt Ortlieb ein. Wie Eccius schreibt auch er der Einigung für sich allein keine Wirkung zu. Habe sie aber keine rechtlichen Folgen, so könne sie als Vertrag nicht bezeichnet werden, auch wenn sie einem solchen noch so sehr ähnele (S. 35). Man dürfe ferner in der Einigung nicht — wie Bruck S. 14 — den Typus eines neuen Rechtsbegriffes sehen, der aber rechtsgeschäftlichen Charakter habe und auf den daher die Vorschriften des allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung finden sollten. Die Einigung sei kein neuer Rechtsbegriff, sondern Bestandteil eines einheitlichen Rechtsaktes; sie sei das Willensmoment eines Realvertrages, des dinglichen Vertrages, und als solches ihrem Wesen nach nichts anderes als die Einigung bei anderen Realverträgen, z. B. bei dem Darlehn und der Schenkung (S. 36). Ortlieb (S. 2/3) teilt die Rechtsgeschäfte ein in „Realgeschäfte"

---

[4]) vgl. Eccius S. 56/57; dagegen Förster im Recht 1903 S. 56; Näheres vgl. hierüber unten S. 79ff.

und „rein voluntare Geschäfte“.[5]) Als Realgeschäfte bezeichnet er alle die, welche zu ihrem Bestande neben der Willenserklärung noch eine reale Wirkung erfordern, während diejenigen Geschäfte, die rein aus einer Willenserklärung bestehen, „rein voluntare Geschäfte“ oder „Erklärungsgeschäfte“ genannt werden. Erfordernisse jedes Realgeschäftes seien 1. eine Willenserklärung und 2. eine reale Wirkung oder, wie Ortlieb (S. 36) sagt, ein reales Moment.

Seiner Ansicht ist indessen in keiner Weise beizutreten. Denn nach Enneccerus erfordert der Tatbestand der von ihm so bezeichneten Realgeschäfte außer dem Willen der Geschäftssubjekte einen gewissen Vermögenseffekt.[6]) Und dieser fehlt schon dann, wie Stöver (S. 179) bemerkt, wenn bei der Übertragung beweglicher Sachen dem Erwerber der mittelbare Besitz übertragen wird. Ebenfalls ist die Eintragung in das Grundbuch ein rein „formelles Element“.[7]) Auch hier kann von einem Vermögenseffekt nicht die Rede sein. Außerdem wäre mit dieser Subsumierung unter den Begriff eines Realgeschäftes nichts gewonnen, da zu verschiedene Arten von dem Begriff umfaßt werden.[8]) [9])

---

[5]) Nach dem Vorbilde von Enneccerus S. 499 ff.

[6]) Enneccerus S. 510 ff.

[7]) Stöver S. 187.

[8]) Ähnlich Stöver S. 178; vgl. auch Enneccerus S. 503 ff., der die Eigentumstradition nicht zu seinen Realgeschäften zählt.

[9]) Über die Ansicht von Wolff vgl. unten S. 107 ff.

Die gemeine Meinung konstruiert die Einigung des § 873 als einen (dinglichen) Vertrag.[10]) So äußert sich Crome,[11]) der Begriff der Einigung sei hier kein anderer als in der Lehre vom Besitz; die Einigung sei ein Vertrag der Parteien über die dingliche Rechtsänderung. Ähnlich meint Endemann,[12]) als Grundlage für die dingliche Rechtsänderung werde ein Tatbestand vorausgesetzt, der sich nur durch zwei Willenserklärungen verwirklichen lasse; beide enthielten das bewußte Zusammenwirken zur Herstellung eines Rechtserfolges, der sie als einander gegenüberstehende Parteien verbinde. Demgemäß stelle sich die Einigung des Berechtigten und seines Gegners über den Eintritt der gewollten Rechtsänderung als Vertrag im Sinne des bürgerlichen Rechts dar. Als Argument für seine Ansicht führt Endemann[13]) den § 1396 an.[14]) Es mache nichts aus, daß im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht das Wort „Vertrag", sondern das Wort „Einigung" gebraucht werde, betont Oertmann.[15]) Ebenso Staudinger,[16]) ferner Dernburg,[17]) Turnau-Förster,[18])

[10]) vgl. Planck Bd. 1 Bem. zum 3. Titel des 3. Abschn. Nr. 2 S. 196, Bd. 3 Vorbem. S. 17.

[11]) Bd. 3 § 364 S. 111.

[12]) Bd. 2 § 19 S. 87.

[13]) a. a. O. Anm. 6.

[14]) vgl. oben S. 46 betreffend Eccius' Meinung.

[15]) S. 451; vgl. auch S. 544 Ziff. 6 zu § 177.

[16]) Einleitung S. 8 VI B, 1 b.

[17]) Bürgerl. R. Bd. 3 § 44 S. 132.

[18]) Anm. III B zu § 873.

Biermann,[19]) Fischer-Henle,[20]) Strecker,[21]) Oberneck,[22]) Fuchs;[23]) Scherer[24]) vergleicht die Einigung mit dem Wechsel; der auf die Einigung folgende Grundbucheintrag sei vergleichbar der Wechselbegebung (Tradition des Wechsels). Ferner zu vgl. Stöver (S. 187).

Der Meinung dieser Schriftsteller, daß die Einigung ein Vertrag im Sinne des allgemeinen Teiles sei, entsprechen die obigen Ausführungen.

bb) Form der Einigung.

§ 11.

Über eine Form der Einigung enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmung.[1]) § 873 Abs. 2 sagt nur: Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet oder vor dem Grundbuchamt

---

[19]) S. 2 Vorbem. 6 c.

[20]) Anm. 6 zu § 873.

[21]) S. 25.

[22]) § 38 S. 328 f.

[23]) Bem. 46 S. 39.

[24]) Bem. 67 S. 37: „Die Einigung ist ein neuer, durch das BGB. geschaffener benannter abstrakter (hierüber vgl. unten S. 54 ff.) Vertrag".

[1]) Abweichend Scherer S. 37 Note 68. Nach ihm enthält § 873 Abs. 2 die Formvorschrift. Dies dürfte nicht zutreffend sein, da m. E. der Abs. 2 nur die Frage regeln will, wann die Beteiligten an die Einigung vor der Eintragung gebunden sein wollen. So auch die gemeine Meinung.

abgegeben oder bei diesem eingereicht sind, oder wenn der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat.

Aus § 125 folgt durch arg. e contr., daß überall da, wo das Gesetz nicht ausdrücklich eine Form vorgeschrieben hat, eine solche nicht verlangt wird.[2]) Demgemäß kann die Einigung formlos abgeschlossen werden. Dieser Satz erleidet eine Ausnahme im § 925. Dort wird verlangt, daß die zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke nach § 873 erforderliche Einigung des Veräußerers und des Erwerbers bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden muß.[3]) Diesen Vorgang nennt das Bürgerliche Gesetzbuch Auflassung. Die Bestimmungen des § 925 sind ius cogens. Außerachtlassen hat Nichtigkeit zur Folge.[4])

Nun bestimmt das Gesetz, daß die Beteiligten an die Einigung nur gebunden sein sollen, wenn sie gewisse Formen erfüllt haben. Vorher sind sie an die „formlose" Einigung nicht gebunden. Auch dieser Satz erleidet eine Ausnahme, die im Wortlaut des Gesetzes enthalten ist. Die Beteiligten sind *vor* der Eintragung an die Einigung nur unter den bestimmten Voraussetzungen des

---

[2]) Natürlich steht es im Belieben der Parteien, von sich aus jedes Rechtsgeschäft zu formalisieren.

[3]) Wegen der „hohen Wichtigkeit dieses Rechtsvorganges"; Bruck S. 38.

[4]) vgl. Turnau-Förster Anm. III B, 3 d zu § 873 S. 95.

Abs. 2 gebunden. Einigen sie sich indessen nach der Eintragung, so bindet sie die formlose Einigung, auch ohne daß eine der Bindungsvorschriften des Abs. 2 angewendet werden muß. Die Auflassung nimmt aber auch hier eine besondere Stellung ein, weil nach § 20 GBO. im Falle der Auflassung eines Grundstückes sowie im Falle der Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts die Eintragung nur erfolgen darf, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles erklärt ist.[5])

Es ist weiter zu untersuchen, was das Gesetz unter dem Ausdruck „gebunden" versteht.

Nach § 29 GBO. soll[6]) eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben, oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Wie Endemann[7]) mit Recht bemerkt, stimmen die Formerfordernisse des Grundbuchrechts im wesentlichen mit den Formerfordernissen überein, an die das materielle Recht die Entstehung einer bindenden Einigung knüpft.[8])

---

[5]) Hierin ist das sogen. materielle Konsensprinzip enthalten.

[6]) Ordnungsvorschrift. Vgl. GBO. v. Krech Anm. 1 zu § 29.

[7]) Bd. 2 § 19 S. 93.

[8]) „Die in § 873 Abs. 2 gegebenen Bindungsvoraussetzungen sind nur Folgerungen aus dem für den Grundbuchverkehr unentbehrlichen Beurkundungszwange und aus der Tatsache, daß in allen dort angeführten Fällen der andere Teil die Eintragung selbständig und ohne Mitwirkung des Berechtigten herbeiführen kann", Endemann § 19 Anm. 9.

Ähnlich drücken dies die Motive[9]) aus, daß die Parteien von sich aus alles getan haben müssen, damit die Eintragung vor sich gehen kann, und in den Protokollen I[10]) heißt es: „Wenn die Eintragung nicht erfolgen könne, sei auch nicht der ernstliche Wille der Parteien zu unterstellen, daß der Vertrag, der zu seiner Wirksamkeit der Eintragung bedürfe, als bindend gelten solle".

Aber unrichtig dürfte es sein, wenn Endemann die formlose Einigung nur als eine unverbindliche Zusage bezeichnet und erst die formgültige für einen wirksamen Vertrag erklärt.[11]) Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt als Prinzip auf die Formfreiheit aller Verträge; auch die formlose Einigung ist ein fertiger Vertrag.[12]) Daß man diesen Vertrag, solange die Bindungsvoraussetzungen des § 873 Abs. 2 noch nicht eingetreten sind, beliebig widerrufen kann,[13]) hat einesteils seinen Grund in dem Bestreben des Gesetzgebers, die Parteien vor Übereilungen und Unüberlegtheiten durch Aufstellung gewisser Voraussetzungen, unter denen eine Bindung eintritt, zu bewahren, auf der anderen Seite kommt das Verhältnis des dem dinglichen Vertrage zugrunde liegenden obligatorischen Geschäfts zu jenem in Betracht. Darüber

---

[9]) Bd. 2 S. 175.

[10]) S. 3406; Mugdan Bd. 3 S. 529.

[11]) § 19 S. 94.

[12]) Abs. 2 will keine Formvorschrift für die Einigung darstellen; vgl. Staudinger Anm. B III S. 85 zu § 873.

[13]) vgl. Kuhlenbeck Anm. 10 zu § 873 S. 40.

Näheres unten §§ 14, 15, 16. Nur kurz sei hier erwähnt, daß Grundgeschäft und Einigung im Verhältnis von Verpflichtungs- und Leistungsgeschäft zueinander stehen. Die Einigung bewirkt die Entstehung und Veränderung von Sachenrechten, Verpflichtungen kann sie begrifflich nicht erzeugen.[14]) Daher kann „binden", wie Bruck a. a. O. treffend bemerkt, nicht bedeuten, „sich verpflichten". Es soll durch die Bindung der Parteien an die Einigung einzig bewirkt werden, daß sie diese nicht mehr widerrufen können. Man wird daher nicht fehlgehen, wenn man den Ausdruck „gebunden" für gleichbedeutend mit dem Ausdruck „unwiderruflich" erklärt. So auch die gemeine Meinung.[15])

Weiter geht Koffka (S. 173), nach dem die Wirkung der Gebundenheit nicht nur den ausdrücklichen, sondern auch den konkludenten Widerruf umfaßt. Nach ihm liegt ein solcher konkludenter Widerruf auch vor, „wenn der Veräußerer ein mit dem gewährten Rechte kollidierendes anderes Recht auf einen anderen überträgt".

An diese Ansicht hat sich neuerdings Simon angeschlossen. Simon[16]) meint, daß man konsequenterweise der von Bruck und Eccius vertretenen Auffassung folgen muß, wonach der Einigung ohne die Eintragung bezw. die Übergabe eine Rechtswirkung nicht zuzuerkennen ist,

---

[14]) Ähnlich Bruck S. 8.

[15]) vgl. z. B. Strecker S. 29.

[16]) vgl. S. 4, 5.

wenn man nicht nachweisen könne, daß die Einigung allein einen selbständigen Rechtserfolg habe, denn Simon will ähnlich Bruck von einem „Vertrage“ nur dann sprechen, wenn neben der Willenseinigung ein Rechtserfolg vorhanden ist, der sich an die Willenseinigung knüpft. Hiergegen vergleiche das im vorigen Paragraphen und oben in den §§ 4, 5, 6 Gesagte.[17])

[17]) S. 3 Anm. 1 polemisiert Simon gegen Stöver. Stöver ist der Meinung, daß die rechtliche Konstruktion der Einigung Ähnlichkeit mit der des Testamentes habe, insofern als bei beiden ein von der jeweiligen Privatwillenserklärung unabhängiger Tatumstand hinzutreten müsse, um die rechtliche Wirkung der Privatwillenserklärung hervorzubringen. Simon findet das Beispiel des Testamentes für Stövers Ansicht nicht beweiskräftig, da zu der Willenserklärung — dem Testament — ein Umstand hinzukomme, der kein Willensakt sei, sondern nur rein objektive Voraussetzung der Wirksamkeit des Testierwillens, bei der Eintragung handle es sich aber um einen Willensakt des Grundbuchamts. M. E. ist diese Argumentation nicht richtig. Nicht der Tod des Erblassers ist es, der seinem Testament die Rechtswirkung verleiht, sondern die Rechtsordnung „will“, daß ein Testament rechtliche Wirkung äußert, wenn der betreffende Tatumstand, der Tod des Erblassers, hinzutritt. Von Simon ist außer acht gelassen, daß es sich in beiden Fällen, der Einigung und dem Testament, darum handelt, daß ein von der Privatwillenserklärung unabhängiges äußeres Moment hinzutreten muß, um die rechtlichen Folgen jener Erklärung auszulösen. Wenn Simon von dem „Willen“ des Grundbuches spricht, so kann man m. E. mit demselben Recht vom „Willen“ des Gesetzes sprechen, einem Testament rechtliche Wirkung erst zuzuerkennen, wenn der Tod des Erblassers eingetreten ist. Ebenso wie der Tod eintreten muß, muß das Grundbuchamt von Amts wegen, in seiner Eigenschaft als Behörde, eine Rechtsänderung eintragen, wenn ihm die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen eine Eintragung

Koffka schließt dann weiter, daß der Veräußerer, indem er infolge seiner Gebundenheit an die Einigung zu allen diesen konkludenten Widerrufshandlungen nicht mehr berechtigt sei, hinsichtlich des Grundstücks zugunsten des Erwerbers einer Verfügungsbeschränkung unterliege. Für diese Verfügungsbeschränkung seien die Bestimmungen der §§ 892 Satz 2 u. 135 BGB. und § 13 KO. maßgebend.[18]) Für diese Konstruktion meint er auch darin keinen Hinderungsgrund zu finden, daß im § 135 BGB. nur von einem gesetzlichen Veräußerungsverbote gesprochen werde. Ein solches müsse auch in einer sich auf Rechtsgeschäft gründenden, nach gesetzlicher Vorschrift gegen Dritte wirksamen Verfügungsbeschränkung gefunden werden.

stattzuhaben hat, nachgewiesen sind. Das Grundbuchamt, und daran ist festzuhalten, handelt nicht, weil es will, sondern weil es tätig werden muß. Wenn Simon die beiden „Willensbestandteile", Einigung und Eintragung, als nebeneinanderstehend, völlig gleichwertig für die Verwirklichung des Rechtserfolges des Gesamttatbestandes bezeichnet, so ist es dasselbe, wenn man die beiden „Willensbestandteile", Testament und Wille des Gesetzes, daß für den Fall des Todes des Erblassers die im Testament ausgesprochenen Rechtsfolgen zur Entstehung gelangen sollen, auch als „nebeneinanderstehend und völlig gleichwertig" für die Verwirklichung des Rechtserfolges des Gesamttatbestandes bezeichnet, nur muß man eingedenk sein, daß es sich in beiden Fällen um völlig anders geartete Willenserklärungen handelt, daß sich — in beiden Fällen — Privatwillenserklärungen und Willenserklärungen, die von diesen unabhängig sind, gegenübertreten. Vgl. auch unten § 12 über die Natur der Eintragung.

[18]) Über die praktischen Konsequenzen, die sich aus dieser Ansicht ergeben, vgl. Simon S. 17 ff.

Auch sei diese Verfügungsbeschränkung eintragungsfähig und gewähre nach § 894 demjenigen, zu dessen gunsten sie bestehe, einen Anspruch auf Eintragung (S. 174).

Dieser Ansicht ist nicht beizutreten.

a) Das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine Bindung geschaffen, um den Widerruf der Parteien auszuschließen. Hätte § 873 Abs. 2 keine Bindungsschrift, so wäre, wie Biermann (S. 48) richtig bemerkt, die formlose Einigung allein schon bindend. Wird sie nun von den Parteien durch Erfüllung der Formvorschriften bindend, so erhält sie damit nicht ein plus, sondern „sie ist lediglich den übrigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen gleichgestellt worden".[19])

b) Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt in § 135, wie schon Koffka selbst sagt, nur ein gesetzliches Veräußerungsverbot. Es dürfte aber nicht richtig sein, wenn er meint, daß ein solches gesetzliches Veräußerungsverbot auch in einer sich auf Rechtsgeschäft gründenden, nach gesetzlicher Vorschrift gegen Dritte wirksamen Verfügungsbeschränkung gefunden werden müsse. Die bindende

[19]) Biermann a. a. O.; Simon (S. 21) hält diese Behauptung Biermanns an sich für richtig, ist aber der Meinung, daß sie keinen Grund gegen die Annahme einer Verfügungsbeschränkung abgebe, denn der Satz Biermanns, die Bindung mache die Einigung lediglich den übrigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen gleichwertig, sei nur dann richtig, wenn man unter den „übrigen rechtsgeschäftlichen Erklärungen" diejenigen mit dinglicher Wirksamkeit verstehe, also insbesondere die Einigung des Mobiliarsachenrechts, d. h. nach Simon erzeugt auch die Einigung des § 929 BGB. eine Verfügungsbeschränkung des Passivbeteiligten. Hiergegen vgl. das unten S. 66 f. Gesagte.

Einigung hindert den Veräußerer nicht, Dritten gegenüber frei zu verfügen,[20]) nur darf er es, wie Stöver (S. 191) bemerkt, dem Erwerber gegenüber nicht.

Simon glaubt, daß seine Ansicht über die Natur der bindenden Einigung nicht den Vorschriften der §§ 135, 137 BGB. widerspricht. Er argumentiert folgendermaßen[21]): Ein Rechtserfolg beruhe dann auf Rechtsgeschäft, wenn ihn das Gesetz nicht unabhängig von einem auf seine Herbeiführung gerichteten Willen, sondern nur auf Grund eines solchen eintreten lasse. Als Subjekt dieses Willens denke sich das Gesetz ein „gewissermaßen ideales Individuum", „eine überindividuelle Persönlichkeit, die das von ihr erstrebte Ziel vollkommen richtig juristisch zu deuten wisse". Deshalb müsse man einen Rechtserfolg auch dann als einen rechtsgeschäftlichen bezeichnen, wenn ihn das Gesetz als Folge einer Willenserklärung eintreten lasse, die ihn im Einzelfall häufig nicht umfasse, die aber bei einem idealen Individuum stets auf ihn gerichtet sei. Hiergegen läßt sich wohl nichts einwenden, auch dagegen nicht, wenn Simon (S. 36) sagt, man müsse bei der Betrachtung des Willensinhaltes der Einigung den Willen von solchen Persönlichkeiten zugrunde legen.

Der Wille der Parteien habe bei der Einigung als Endzweck die Rechtsänderung, für deren rechtsgeschäft-

---

[20]) „Eine Verfügungsbeschränkung kann in der dinglichen Bindung ebensowenig gefunden werden wie in jeder anderen vertraglichen Bindung." RGE. Bd. 55 S. 342.

[21]) vgl. S. 34 ff.

liche Herbeiführung Einigung und Eintragung bezw. Übergabe dienten, heißt es bei Simon weiter, d. h. die Parteien wollen die Wirksamkeit ihrer Einigungserklärungen, und da die Verfügungsbeschränkung des Passivbeteiligten zum Wesen seiner Einigungserklärung nach Simons Meinung gehört, so will der Passivbeteiligte diese Verfügungsbeschränkung in der Einigung, so wollen die Parteien, daß „mit hinzukommender Eintragung oder Übergabe die Rechtsänderung bewirkt werde, daß diese Möglichkeit nicht durch den Widerruf einer Partei zerstört werde". Simon kommt zu dem Schluß (S. 38), die Verfügungsbeschränkung, welche die Einigung zur Rechtsfolge habe, sei rechtsgeschäftliche Rechtsfolge, also rechtsgeschäftlicher Natur. Bis hierher ist Simon bei der Durchführung seiner Ansicht konsequent verfahren. Nun heißt es bei ihm aber weiter, obgleich die Verfügungsbeschränkung rechtsgeschäftlicher Natur sei, sei sie keine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung, wie sie § 137 BGB. für dinglich unwirksam erachte, denn § 873 Abs. 2 sei, da er bei richtiger Interpretation die Verfügungsbeschränkung als rechtsgeschäftliche Folge der Einigung anerkenne, gegenüber § 137 lex specialis. § 873 Abs. 2 sei auch nicht die einzige lex specialis, sondern der im § 137 ausgesprochene Grundsatz werde in einer Mehrzahl von Fällen durchbrochen. Als solche nennt Simon die Bestimmung des § 399, ferner die §§ 2113—2115, 2211 Abs. 1 und 161. Simon untersucht diese Fälle im einzelnen und kommt zu dem Resultat, daß es sich bei ihnen

gleichfalls um rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen handle. Diese vier Durchbrechungen des im § 137 aufgestellten Prinzips haben nach seiner Ansicht ein gemeinsames Merkmal, das ein Grund für die Durchbrechung ist, „weil § 137 nur solche rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen treffen will, welchen jenes Merkmal fehlt". Und wenn dann erkannt werden könne, daß auch die auf der Einigung beruhende Verfügungsbeschränkung das gleiche Merkmal aufzuweisen habe, dann sei bewiesen, daß sie nicht unter das Verbot des § 137 falle. Dieses Merkmal will Simon in der Beziehung auf einen vom Recht anerkannten Zweck erblicken. Die vier von ihm betrachteten Fälle seien nicht Selbstzweck im juristischen Sinne, sondern notwendig Mittel zur Erreichung eines bestimmten weiteren juristischen Zwecks. So habe die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, daß die Übertragung der Forderung ausgeschlossen sein solle, den Zweck, „die an sich streng persönliche Natur der Obligation zu wahren", die Verfügungsbeschränkung der §§ 2112—2115 habe den Zweck, „das bedingte und befristete Erbrecht dem Nacherben zu sichern", und so ähnlich in den anderen beiden Fällen. Bei der Einigung sei diese Zweckbestimmung darin zu sehen, daß die Parteien sich binden, um durch hinzukommende Eintragung bezw. Übergabe die Rechtsänderung zu vollenden.

Diesen Erörterungen Simons kann nicht beigestimmt werden. Was den Fall des § 399 betrifft, so handelt es sich bei diesem um einen völlig anders gearteten Fall

als in § 873 Abs. 2. Gläubiger und Schuldner sind verbunden durch ein iuris vinculum. Für beide Teile sind fertige Rechtsbeziehungen eingetreten. Ursprünglich war dieses iuris vinculum, das Gläubiger und Schuldner miteinander verband, derart persönlich, daß man eine Zession überhaupt nicht zuließ und später erst nach und nach Institute schuf, die den Erfolg der Zession haben sollten. Aber stets hielt man früher daran fest, daß das ursprüngliche iuris vinculum zwischen Gläubiger und Schuldner unversehrt blieb. Im Bürgerlichen Gesetzbuch haben wir es mit der Bestimmung zu tun, daß durch Vereinbarung mit dem Schuldner die Abtretung einer Forderung ausgeschlossen ist. Eine solche Forderung ist nicht fähig, abgetreten zu werden. Als eine gesetzliche Ausnahme des § 137 kann § 399 nicht betrachtet werden, da die Unübertragbarkeit dem Wesen dieser Forderung entspricht, wie Oertmann (S. 422) mit Recht bemerkt, während § 137 von einem veräußerlichen Recht spricht.

Auch in den anderen von Simon angeführten Fällen handelt es sich nicht um eine Durchbrechung des in § 137 gegebenen Grundsatzes. In den Fällen der §§ 2113—2115 handelt es sich ebenfalls nicht um veräußerliche Rechte im Sinne des § 137. Das Recht des Nacherben ist ein existentes Etwas; sein Recht auf die Erbschaft soll nicht durch den Vorerben vereitelt oder geschmälert werden. Dadurch, daß der Erblasser die Nacherbfolge angeordnet hat, entsteht bei Eintritt des Erbfalles ein Anspruch des Nacherben auf die Nacherbschaft; das Recht des Vorerben

ist kein veräußerliches Recht mehr. Auch daß der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand nicht verfügen kann, ist ebenfalls nicht als Ausnahme von der Bestimmung des § 137 anzusehen, da ohne die Verfügungsbeschränkung des Erben der Testamentsvollstrecker nicht seine ihm gesetzlich obliegende Verpflichtung erfüllen könnte. Auch hier ist das Recht des Erben bezüglich eines der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstandes als unveräußerlich zu betrachten.

Zum Schlusse wäre noch der Fall des § 161 zu untersuchen. Der bedingt Verpflichtete kann wohl über das Recht verfügen, nur sind seine Verfügungen nach § 161 Abs. 1 Satz 1 insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würden.[22]) Solche Verfügungen sind, wie Oertmann (S. 492) hervorhebt, „ihrerseits von Rechts wegen durch den Eintritt der Bedingung auflösend bedingt". Diese Rechtslage entspricht dem Wesen der Bedingung, bei der es sich nicht mehr um veräußerliche Rechte handelt. Das „ideale Individuum" hat bei seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung sich nicht in seiner Verfügung beschränken wollen, sondern es wollte eine bedingte rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgeben, und erst die Folge dieser bedingt abgegebenen Erklärung ist die Bestimmung des § 161.

Aber auch der Ansicht Simons, daß allen diesen

---

[22]) So auch Oertmann S. 492.

Fällen und der bindenden Einigung das gleiche Merkmal anhafte, daß nämlich die Verfügungsbeschränkung nicht um ihrer selbst willen vorgenommen sei, sondern vielmehr der Erreichung eines bestimmten weiteren juristischen, vom Rechte anerkannten Zweckes diene, kann nicht beigetreten werden. Alle diese vier „Verfügungsbeschränkungen" dienen einem bereits bestehenden Recht, sie haben den Zweck, dieses Recht zur Durchführung zu bringen. Nicht so die dingliche Einigung. Bei ihr ist ein Recht der Beteiligten noch nicht existent geworden. Der Passivbeteiligte ist noch Eigentümer des zu veräußernden Grundstücks. Der Aktivbeteiligte hat nicht einmal eine Klage aus der Einigung, auch nicht aus der bindenden.[23]) Gerade hier im § 873 Abs. 2 wäre eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung Selbstzweck. Gerade durch eine solche Verfügungsbeschränkung könnte „das ganze Vermögen außer Verkehr gesetzt und dem Angriff der Gläubiger entzogen werden".

c) Einen „konkludenten" Widerruf kann man darin nicht finden, daß der Veräußerer ein mit dem gewährten Rechte kollidierendes anderes Recht auf einen anderen überträgt.[24]) Demjenigen, dem das Recht „gewährt" ist, steht es vorläufig noch gar nicht zu. Nießbraucher, Eigentümer usw. wird man erst, nachdem zur Einigung die Eintragung gekommen ist. Widerrufen kann man nur das und nur genau das Recht, das man dem anderen

[23]) Darüber Genaueres unten § 16.

[24]) s. oben S. 55.

gewährt hat. Bestelle ich ein anderes Recht, das wohl mit dem gewährten kollidiert, aber nicht mit dem gewährten Rechte identisch ist, so habe ich nicht widerrufen.[25])

Das wesentliche Kennzeichen für das Vorhandensein eines Widerrufs ist nach Simon (S. 23), daß eine Willenserklärung ihre Wirksamkeit verliert, und daß dies durch eine andere Willenserklärung, durch Rechtsgeschäft der gleichen Person herbeigeführt wird. Simon prüft an diesem Maßstab den Fall, ob der Verkäufer den Kaufvertrag widerrufen habe, wenn er seiner obligatorischen Verpflichtung zuwiderhandle und die Kaufsache einem anderen als dem Käufer übereigne. Mit Recht kommt er zu dem Resultat, daß das nicht der Fall ist, da die Wirkungen der Verkaufserklärungen nicht beseitigt seien, denn diese Wirkungen beständen darin, daß der Verkäufer infolge des Kaufvertrages verpflichtet sei, die Sache dem Käufer zu übereignen. Könne der Verkäufer diese Verpflichtung nicht erfüllen, so habe damit der andere Teil den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Anders, so fährt Simon fort (S. 24), sei dies beim dinglichen Vertrag, denn wenn in einer der Einigung widersprechenden Verfügung kein Widerruf liege, so müsse die Einigung jederzeit ihre volle Wirksamkeit auch nach der Verfügung entfalten können, d. h. auch nach der Verfügung mit der Eintragung zusammen die dingliche Rechtsänderung ergeben. M. E. ist dieser Schluß nicht

---

[25]) Ähnlich Biermann a. a. O.

zutreffend, wie sich besonders aus dem einen der von Simon (S. 25) angeführten Beispiele ergibt. In dem von Simon konstruierten Rechtsfall hat D dem E ein Grundstück durch Auflassung und Eintragung übereignet, nachdem er es vorher dem F schon einmal aufgelassen hatte. Auf Grund dieser Auflassung soll nun nach Simons Ansicht F durch hinzutretende Eintragung nicht mehr Eigentümer werden können. Dies ist richtig für den Fall, daß D die Eintragungsbewilligung erteilt, denn D ist nicht mehr Eigentümer. Aber auch für den Fall, daß E — „undenkbarerweise" — ohne Auflassung seine Eintragungsbewilligung geben würde, so soll nach Simons Meinung die Auflassung des D an F für den Eigentumserwerb von E nichts nützen. Hiergegen macht Eccius[26]) mit Recht geltend, daß die Einwilligung so verstanden werden könne, daß sie auf Löschung der unberechtigten Eintragung des Eigentumserwerbs gerichtet sei. Danach wäre die Auflassung des D an E nicht ohne Bedeutung.[27])

Es ist m. E. überhaupt unzutreffend, wenn Simon den bindend gewordenen dinglichen Vertrag anders behandelt wissen will als einen obligatorischen Vertrag, was den konkludenten Widerruf betrifft. Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt keinen Raum für die Ansicht, daß auf Grund der bindend gewordenen Einigung ein Recht zur Sache

---

[26]) Gruchot Bd. 51 S. 683.

[27]) vgl. zu diesem Beispiel das unten S. 69 f. Gesagte, namentlich Anm. 33.

entsteht. Wie Eccius[28]) hervorhebt, würde der Erwerb auf Grund des guten Glaubens des Grundbuchs vereitelt, wenn dem Erwerber das Gebundensein des Einräumers bekannt war. In ähnlicher Weise würde der Erwerb von Mobilien durch Übergabe schon dann erschüttert, wenn der (dritte Erwerber) die Einigung des Veräußerers mit einem anderen kannte, die vielleicht in einem Kaufvertrag enthalten ist.

Demgegenüber ist festzuhalten, daß die Bindung nur eine Unwiderruflichkeit der Einigungserklärungen bedeutet und daß diese Bindung nur einen obligatorischen Charakter hat.[29]) Ein dingliches Recht entsteht erst durch Einigung im Verein mit Eintragung bezw. Übergabe. Wird der bindend gewordene dingliche Vertrag von dem Passivbeteiligten durch anderweite Verfügung verletzt, so müssen wir zurückgreifen auf das obligatorische Grundgeschäft, um dem Verletzten den Anspruch auf Schadensersatz zu gewähren. Aus der Einigung kann ein solcher Anspruch nicht hergeleitet werden.[30]) Andrerseits muß man daran festhalten, daß trotz bindend gewordener Einigung bei einer weiteren Verfügung über das dingliche Recht seitens des Berechtigten zugunsten eines Dritten dieser Dritte das dingliche Recht unanfechtbar erwirbt.[31]) Wie Oberneck

---

[28]) a. a. O. S. 684.

[29]) vgl. auch Oberneck Bd. 1 S. 338.

[30]) vgl. unten § 16.

[31]) „Die dingliche Bindung besteht nur unter den Beteiligten; Dritten legt die bloße Auflassung überhaupt keine Schranken auf"; so

(a. a. O.) treffend hervorhebt, kann diese Wirkung durch Kenntnis der früher ausgehändigten Eintragungsbewilligung nicht berührt werden. Es ist also nicht zutreffend, wenn Simon einen konkludenten Widerruf bei einem dinglichen Vertrage für möglich und wirksam hält im Gegensatz zu einem solchen bei einem obligatorischen Vertrage. Verletzt der Passivbeteiligte durch anderweite Verfügung zugunsten eines Dritten den mit einem anderen geschlossenen dinglichen Vertrag, so bleibt diesem nichts übrig, als seinen Vertragsgegner aus dem, dem abstrakten dinglichen Vertrage zugrunde liegenden, kausalen obligatorischen Geschäfte wegen Erfüllung der durch das kausale Geschäft übernommenen Verpflichtung zu verklagen, in derselben Weise, wie Simon das bei Verletzung der aus einem obligatorischen Geschäft, z. B. einem Kaufvertrag, entstandenen Verpflichtung ausführt. Es ist ferner nicht zutreffend, wenn Simon der einmal abgeschlossenen, bindend gewordenen Einigung keine Wirksamkeit mehr für den Fall zuerkennt, daß nach der Verfügung zu ihr die Eintragung hinzukommt.

Entsch. d. RG. Bd. 55 S. 342. Übereinstimmend Neumann (Bd. 1 Note A 1, 5c S. 594): „Die Bindung an die Einigung hat nur die negative Wirkung, daß der Gebundene seine Erklärung nicht einseitig widerrufen kann, sie beschränkt nicht die Verfügungsmacht des gebundenen Berechtigten". Neumann weist mit Recht auf den § 145 BGB hin. Auch hier bedeute „Gebundenheit" ebenso, wie an anderen Stellen des BGB., lediglich die Unwiderruflichkeit, welche eintrete, obwohl der zur vollen Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts erforderliche Tatbestand noch nicht vollständig vorliege (Bd. 1 Note 5 zu § 145 S. 144).

Simon[32]) wirft weiter die Frage auf, worin die Bedeutung der bindend gewordenen Einigung im Gegensatz zu der formlosen, nicht bindenden, bestehen würde, wenn man die Verfügungsbeschränkung leugnet. Es ist richtig, wenn er für den Fall, daß der Passivbeteiligte dem anderen Teile eine Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat, der Ansicht ist, daß der Aktivbeteiligte durch sofortige Stellung des Eintragungsantrages verhüten könne, daß der Passivbeteiligte „noch einmal mit Wirksamkeit gegen ihn über das gleiche Recht verfügt". „Jedoch", so fährt Simon fort, „versagt ja diese Möglichkeit in dem wichtigsten Fall: der Eigentumsübertragung und der Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts (§§ 925, 1015, 1017 Abs. 2 BGB.)". M. E. ist diese Ansicht nicht gerechtfertigt. In der Auflassung ist die Eintragungsbewilligung und der Eintragungsantrag enthalten, denn sonst müßte die Auflassung als unter einer Zeitbestimmung oder Bedingung erfolgt angesehen werden, und das würde der Bestimmung des § 925 Abs. 2 BGB. widersprechen.[33])

---

[32]) S. 29.

[33]) A. M. Oberneck Bd. 1 S. 505, 519. Die Auflassungserklärungen lauten: A und B einigen sich darüber, daß das Eigentum am Grundstück c von A auf B übergehen soll, und zwar muß diese Einigung nach dem Gesetz unbedingt und unbefristet erfolgen. Man muß aber eine Befristung der Einigung über den Eigentumsübergang darin erblicken, daß die zur Vollendung der dinglichen Rechtsänderung erforderliche Eintragung einer späteren Zeit vorbehalten bleiben soll. Eine Auflassung, die über die Eintragungsbewilligung und die Eintragung nichts enthält, ist m. E. unwirksam. Mit dieser Ansicht stimmt auch das RG.

Wenn Simon den Aktivbeteiligten bei der Eigentumsübertragung für nicht genügend sichergestellt hält, da durch anderweitige entgegengesetzte Verfügung des Passivbeteiligten ein mit seinem Recht kollidierendes Recht bestellt werden könne, so ist das nicht richtig, da das Grundbuchamt gemäß § 17 GBO. die später beantragte Eintragung nicht vor Erledigung des früher gestellten Antrags vollziehen darf. Jedem Parteibetriebe ist durch diese Vorschrift der Grundbuchordnung der Boden entzogen.[34])

überein (RGE. Bd. 54 S. 383), das seine Meinung folgendermaßen begründet: Einigung sei dann vorhanden, wenn der übereinstimmende Wille beider Teile dahin gehe, daß eine Rechtsänderung eintreten solle. Diese Rechtsänderung trete mit der Eintragung ein. Mit Notwendigkeit, so folgert das Reichsgericht weiter, enthalte die Einigungserklärung des Passivbeteiligten, d. h. die Erklärung, daß er die Rechtsänderung wolle, auch die Erklärung, daß er sie bewillige, und umgekehrt auf der Seite des Aktivbeteiligten enthalte die Einigungserklärung den Willen, daß er mit dem Eintritte der Rechtsänderung einverstanden sei, d. h. daß er sie beantrage. Daraus ergebe sich, daß eine Einigung, soweit sie den Formvorschriften des § 29 GBO. entspreche, in allen Fällen zur Herbeiführung der Eintragung ausreiche. „Die Einigung", so heißt es in der Entscheidung weiter, „enthält begrifflich die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag in sich. Mit der Einigung und Eintragung ist die Rechtsänderung vollendet; ein weiterer Akt wird vom Gesetze nicht gefordert".

[34]) „Die Rechtslage ergibt sich in angemessener Weise, wenn der Ordnungsvorschrift des § 17 GBO. entsprechend die Anträge in der Reihenfolge ihres Eingangs erledigt werden" (Neumann Bd. 1 Note A I, 5 c S. 594).

Das Ergebnis ist: An die Einigung gebunden sein bedeutet, daß die Parteien nunmehr nicht beliebig ihre Erklärungen widerrufen können. „Die bindende Einigung legt den Willen der Parteien fest derart, daß kein Teil mehr einseitig die Eintragung hindern kann."[35])

Die Bindungsvorschriften des § 873 Abs. 2 sind nunmehr näher zu betrachten.

a) An die Einigung sind die Beteiligten gebunden, wenn sie *nach* der Eintragung zustande kommt. Als häufigst vorkommendes Beispiel dürfte folgendes dienen: A läßt auf seinem Grundstücke eine Hypothek eintragen und einigt sich später mit seinem Gläubiger B, daß letzterem die Hypothek zustehen soll. Wegen der Vorschrift des § 20 GBO. ist eine nachträgliche Einigung über den Eigentumsübergang sowie über die Bestellung oder Übertragung eines Erbbaurechts nicht möglich, da hier die Eintragung nur erfolgen darf, wenn die erforderliche Einigung zwischen dem Berechtigten und dem anderen Teile erklärt ist.[36])

Die nachträglich erfolgende Einigung bewirkt, da die Eintragung vorangegangen ist, sofort und ohne weiteres die dingliche Rechtsänderung. Dies ist von Bedeutung für den guten Glauben des Erwerbers. Nach § 892 Abs. 2 ist die Zeit der Einigung maßgebend.

---

[35]) So Stöver S. 191; vgl. auch Staudinger Anm. B III zu § 873 S. 84.

[36]) vgl. oben S. 53.

b) Die Beteiligten sind an die Einigung gebunden, wenn ihre Erklärungen gerichtlich oder notariell beurkundet sind.[37]) Nach EG. Art. 141 können die Landesgesetze bestimmen, daß entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind. Nach dem preuß. FGG. Art. 31 sind die Amtsgerichte und Notare zuständig. Ferner bleiben nach Art. 142 EG. z. BGB. die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach denen außer den Gerichten und Notaren auch andere Behörden zuständig sind. Zu vgl. preuß. AG. Art. 12 § 2: Wenn einer der Vertragschließenden durch eine öffentliche Behörde vertreten ist, so ist für die Beurkundung des Vertrages außer den Gerichten und Notaren auch der Beamte zuständig, welcher von dem Vorstande der zur Vertretung berufenen Behörde oder von der vorgesetzten Behörde bestimmt ist. Diese Bestimmung gilt aber nur für Verträge über den Eigentumsübergang eines in Preußen belegenen Grundstückes.

c) Die Beteiligten sind vor der Eintragung an die Einigung gebunden, wenn die Erklärungen vor dem Grundbuchamte abgegeben sind. Wegen der indifferenten Fassung des Gesetzes besteht in der Literatur Streit darüber, ob unter dem „Abgeben" ein „Zuprotokollgeben" zu verstehen ist. Man wird m. E. die Frage nur entscheiden können aus den Grundsätzen, die dem Gesetzgeber

[37]) Beglaubigung genügt nicht; vgl. Planck Bd. 3 Anm. 3a zu § 873; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 133; Oberneck § 38 S. 325 Ziff. 3a.

für die Aufstellung der Bindungsvorschriften des § 873 Abs. 2 maßgebend gewesen sind. Schon oben S. 54 war darauf hingewiesen, daß diesen Vorschriften der Gedanke zugrunde liegt, die Beteiligten müßten von sich aus alles getan haben, damit die Einigung vor sich gehen kann.[38]) Diesen Gedanken sprechen die Motive[39]) aus; ähnlich die Protokolle.[40]) Nun besagt die Ordnungsvorschrift des § 29 GBO., daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn . . . die . . . zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben . . . werden. Nicht ganz mit Recht m. E. weist Turnau-Förster[41]) auf den § 175 FGG. hin, nach dem über die Verhandlung für die gerichtliche oder die notarielle Beurkundung eines Rechtsgeschäfts ein Protokoll aufgenommen werden muß. Hierbei wird das vorweg als bewiesen angenommen, was erst zu beweisen ist. M. E. wird durch § 175 der Fall sub b gedeckt.

Aber mit Recht weist Turnau-Förster weiter unten auf die Wichtigkeit der Erklärungen, deren Sicherstellung strengere Formen erheische; deshalb müsse eine Protokollierung der Erklärungen gefordert werden.

---

[38]) Ähnlich Eccius in Gruchot Bd. 44 S. 765: Der Grundbuchrichter habe nur solche Erklärungen entgegenzunehmen, die geeignet seien, ihn in Tätigkeit zu versetzen.

[39]) Bd. 3 S. 175.

[40]) s. oben S. 54.

[41]) Bd. 1 S. 94.

Auch Kretzschmar[42]) ist der Ansicht, daß es nach der Entstehungsgeschichte kaum einem Zweifel unterliegen könne, daß mit den Erklärungen, die zu einer bindenden Einigung gefordert würden, solche gemeint seien, aus denen die Eintragung der ihren Gegenstand bildenden Rechtsänderung in das Grundbuch erlangt werden könne. Auch er setzt m. E. richtig die Vorschriften der Grundbuchordnung mit denen des Bürgerlichen Gesetzbuches in Zusammenhang.[43]) Ebenso ist nach Biermann[44]) unter dem Abgeben ein Zuprotokollgeben zu verstehen.

Anderer Ansicht ist vor allem Planck,[45]) denn da die Vorschrift der Grundbuchordnung nur Ordnungsvorschrift sei, so sei ein Verstoß gegen sie ohne materielle Wirkung.[46]) Indessen dürfte dieser Satz kaum mit der streitigen Frage etwas gemeinsam haben. Es wird ja nicht bestritten, daß die Einigung selbst nicht erfolgt sei. Die Einigung an sich ist, wie oben dargelegt, an eine Form nicht gebunden. Nur dann müssen die Beteiligten eine der vom Gesetz im § 873 Abs. 2 aufgestellten Formen wählen, wenn sie die Einigung unwiderruflich machen wollen. Und wegen der Bedeutung, die eine unwiderrufliche Einigung hat, muß man dazu kommen, von den Parteien die Vornahme derjenigen Formvorschriften zu

---

[42]) Grundbuchrecht Bd. 1 S. 168.

[43]) Ähnlich Strecker S. 30.

[44]) Anm. 2d zu § 873 S. 47.

[45]) Anm. III, 2b zu § 873 S. 85.

[46]) So auch Staudinger Anm. III, 1b zu § 873 S. 85.

verlangen, die zu dem vorgestellten Erfolge, der Eintragung, führt. Das ganze Problem kann m. E. zufriedenstellend nur durch die Praxis gelöst werden. Event. wären Vorschläge de lege ferenda in diesem Sinne zu machen. Die Bindung der Beteiligten soll einen möglichst schnell zu realisierenden praktischen Erfolg zeitigen können, das liegt zweifellos im Sinne des Gesetzes.[47])

Wie Planck ist auch Cosack[48]) der Ansicht, daß ein Protokollieren der Erklärungen zu Unrecht von den Gegnern verlangt werde.

In der Literatur hierüber noch zu vergleichen: Für ein Protokollieren der Erklärungen sind u. a. Strecker (S. 30), Eccius,[49]) Brettner,[50]) Bruck (S. 37), Kuhlenbeck (S. 40 Anm. 10), vor allem Predari (S. 113 ff.).

Dagegen u. a. Oberneck,[51]) Fuchs,[52]) Achilles-Strecker (S. 144), der zu seiner Verteidigung den Wortlaut des § 873 Abs. 2 in der Weise benutzt, daß er mittels arg. e contr. aus der letzten Alternative des § 873 Abs. 2 den Schluß zieht, daß in den übrigen Fällen die Formvorschriften nicht denen der Grundbuchordnung zu ent-

---

[47]) „Keine Bindung ohne die Gewähr der demnächstigen Eintragung" (Predari S. 113).

[48]) Bd. 2 § 177 Nr. 5 b.

[49]) Gruchot Bd. 44 S. 765.

[50]) Im Recht 1900 S. 394.

[51]) Reichsgrundbuchrecht § 38 S. 326.

[52]) Grundbuchrecht Bem. 25 S. 62.

sprechen brauchen. Doch ist m. E. dieser Grund nicht stichhaltig genug, um die oben geäußerten Bedenken zu überwinden.

d) Auch dadurch werden die Beteiligten nach den Bestimmungen des § 873 Abs. 2 an die Einigung gebunden, daß ihre Erklärungen bei dem Grundbuchamt eingereicht sind. „Eingereicht sind" kann nur bedeuten: „mit ihrem Willen eingereicht sind". Es muß dem Willen der Beteiligten überlassen bleiben, ob sie sich an die Einigung binden wollen, d. h. sie unwiderruflich machen wollen oder nicht. Den Willen, sich an die Einigung zu binden, können die Beteiligten entweder dadurch erklären, daß sie persönlich ihre Erklärungen einreichen, oder es muß aus der Einreichung hervorgehen, daß diese dem Willen der Beteiligten entspricht, z. B. wenn sie einen von sich oder einen Dritten ermächtigt haben. So auch Brettner (S. 393), Planck,[53]) Biermann,[54]) Staudinger,[55]) Kuhlenbeck (S. 40 Anm. 60).

Streit besteht wieder, ob die Erklärungen in öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden abgegeben werden müssen (vgl. § 29 GBO.). Dies verlangen ausdrücklich die Protokolle.[56]) Aus den sub c angeführten Gründen wird man dieser Ansicht zustimmen müssen. Auf Grund der eingereichten Erklärungen muß die Ein-

[53]) Anm. III, 2c zu § 873 S. 86.

[54]) Anm. IIe zu § 873 S. 47.

[55]) Anm. III, 1c zu § 873 S. 85.

[56]) Bd. 3 S. 63.

tragung erfolgen können.[57]) Ebenso Turnau-Förster,[58]) der auch darauf hinweist, daß dieses Erfordernis weniger streng ist als das sub b, da dort Beurkundung der Erklärungen gefordert wird. Literatur hier wie sub c.

e) Als letzte Bindungsvorschrift kennt das Bürgerliche Gesetzbuch eine von dem Berechtigten[59]) dem anderen Teile ausgehändigte, den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung. Die Vorschriften der Grundbuchordnung, denen die Eintragungsbewilligung entsprechen muß, finden sich in §§ 28 ff. GBO. Danach ist in der Eintragungsbewilligung das Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweisung auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen (§ 28); ferner soll nach § 29 eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist (vgl. auch § 30).[60]) Vor allem ist daran festzuhalten, daß die Eintragungsbewilligung der Einigung gegenüber ein minus bedeutet. Daher wird ja im § 20 GBO. für den Fall der Auflassung eines Grundstücks sowie für den Fall der Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts, dem bei-

---

[57]) vgl. Biermann a. a. O.

[58]) Anm. 3c S. 94.

[59]) d. h. „demjenigen, in dessen Rechte eine Änderung stattfinden soll"; Eccius bei Gruchot Bd. 47 S. 56.

[60]) Näheres über den Inhalt der Eintragungsbewilligung s. bei Staudinger B IV, 1b zu § 873 S. 87.

nahe die gleiche wirtschaftliche Bedeutung zukommt wie dem Eigentumsrecht, nicht eine bloße Bewilligung der Eintragung von seiten des Berechtigten für ausreichend erklärt, sondern die Eintragung darf nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles erklärt ist. Demgegenüber verkörpert § 19 das formelle Konsensprinzip,[61]) wonach eine Eintragung (schon) erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Hierdurch ist eine besonders wichtige Erleichterung für den Grundbuchverkehr geschaffen, welche die in § 20 GBO. für das Eigentum und das eigentumsähnliche Recht geforderte Einigung ersetzen soll.[62]) Doch ist dies nicht etwa so zu verstehen, als ob der Erwerber, wenn er infolge einseitiger Eintragungsbewilligung als dinglich Berechtigter, z. B. als Hypothekengläubiger im Grundbuch eingetragen wird, auch materiell das dingliche Recht erworben hat. Einer dinglichen Rechtsänderung muß stets nach § 873 eine Einigung der Beteiligten zugrunde liegen. „Ohne seinen Willen erwirbt niemand, auch durch Eintragung nicht, ein Recht am Grundstück.“[63]) Wie Staudinger a. a. O. hervorhebt, hat die Eintragungsbewilligung nur eine formelle Natur: sie soll den Grundbuchverkehr erleichtern. Sie ist nur „ein Akt des formellen Verfahrens,

---

[61]) vgl. Staudinger B IV, 1a zu § 873 S. 87.

[62]) Staudinger a. a. O. S. 86.

[63]) Fuchs, Festgabe für Wilke S. 98.

eine Voraussetzung der Eintragung, nicht des Rechtserwerbs.[64])

Eccius[65]) ist der Ansicht, daß in dem Falle, daß der Berechtigte dem anderen Teile eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat, ganz offenbar nur eine einseitige Erklärung vorliege. Denn in der Empfangnahme dieser Erklärung liege ganz sicher keine Erklärung des Empfangenden, an die er gebunden sein könne. Somit gebe es wenigstens mit Sicherheit diesen Fall einer einseitigen Gebundenheit an die Einigung. Gebe es aber eine einseitige Gebundenheit an die Einigung ohne Gebundenheit des anderen Teiles, so sei dies jedenfalls nicht die Gebundenheit des § 145 BGB., die Gebundenheit an einen Antrag auf Schließung eines Vertrages. Eccius will hiermit zu beweisen suchen, daß es sich bei der Einigung um keinen Vertrag handeln könne. Indessen dürfte seine Schlußfolgerung unzutreffend sein. Wir haben oben S. 45 gesehen, daß die Einigung ein Vertrag im Sinne des allgemeinen Teiles des Bürgerlichen Gesetzbuches ist. Es finden daher auf sie, den Prinzipien des Gesetzes gemäß, die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung, soweit nicht die besonderen Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch im einzelnen

---

[64]) Fuchs a. a. O. S. 99/100.

[65]) Gruchot Bd. 47 S. 56.

für den dinglichen Vertrag aufgestellt hat, entgegenstehen.[66])

Um einen solchen Fall dürfte es sich hier handeln. Das Bürgerliche Gesetzbuch macht die Bindung an den fertigen Vertrag, an die Einigung, abhängig von der Erfüllung gewisser im Abs. 2 des § 873 aufgestellter Formvorschriften. Eine bindende Offerte im Sinne des § 145 kann es nur für den Fall geben, daß die Einigung nach der Eintragung zustande kommt.[67])

In allen anderen Fällen haben wir aber gesehen, daß die Einigung als solche jederzeit widerruflich ist, wenn nicht die Beteiligten ihre Erklärungen über die Einigung nach den Vorschriften des § 873 Abs. 2 formalisieren. Wir haben es, wie Dernburg[68]) hervorhebt, bei der Einigung mit einem Vertrag ohne Bindung der Vertragschließenden zu tun. Außerdem trifft es m. E. nicht zu, wenn Eccius in diesem Falle eine einseitige Gebundenheit an die Einigung annimmt. Einigung setzt, wie Förster[69]) bemerkt und wie oben S. 44 schon erwähnt war, begrifflich mindestens zwei sich einander

---

[66]) Näheres unten § 18.

[67]) Oben sub a. Übereinstimmend Biermann Vorbem. S. 2, 6c; Stöver S. 184 Anm. 104. — „Selbstverständlich ist das Angebot... in allen Fällen widerruflich, wo es sogar der durch seine Annahme perfekt gewordene Vertrag sein würde"; Oertmann S. 457 Ziff. 4c; s. auch S. 456 Ziff. 3a.

[68]) Bürgerl. R. Bd. 3 S. 133.

[69]) Recht 1903 S. 55.

gegenüberstehende Personen voraus; sie ist ein zweiseitiger Akt.[70]) Gibt A dem B eine Eintragungsbewilligung, so liegt hierin zweifellos eine einseitige Willenserklärung,[71]) aber noch niemals eine Einigung oder gar eine Gebundenheit an eine solche.[72]) Um eine vorhandene Einigung bindend zu machen, gewährt das Bürgerliche Gesetzbuch die vom Berechtigten dem anderen Teile ausgehändigte Eintragungsbewilligung. Alsdann liegt aber keine einseitige Bindung vor, denn in der Annahme der Eintragungsbewilligung zur Bindung der vorher geschlossenen Einigung liegt die Erklärung des Erwerbers, daß er an die Einigung gebunden sein wolle.[73]) Eine „einseitige Bindung läßt sich aus § 873 Abs. 2 nicht herleiten; sie ist überhaupt undenkbar".[74])

Über die Form der Eintragungsbewilligung gibt § 29 GBO. Auskunft. Sie muß vor dem Grundbuchamt[75]) entweder zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden.

---

[70]) Förster a. a. O.

[71]) So auch Staudinger Anm. IV, 1aα zu § 873.

[72]) vgl. auch oben S. 78 f.

[73]) Übereinstimmend Planck Anm. III, 2a zu § 873 S. 87.

[74]) Förster a. a. O. S. 55.

[75]) Vor dem Grundbuchamt bedeutet: vor dem zuständigen Grundbuchamt, d. h. demjenigen, das „das Grundbuch über das betreffende Grundstück führt". Vgl. Planck Anm. III, 2c zu § 873 S. 86; dort auch das Nähere zu vergleichen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch verlangt ferner, daß die Eintragungsbewilligung dem Erwerber vom Berechtigten „ausgehändigt" wird. Die Eintragungsbewilligung hat den Zweck, dem Erwerber die Möglichkeit zu gewähren, jederzeit beim Grundbuchamt die Eintragung zu beantragen. Von diesem Gesichtspunkte aus muß gefordert werden, daß unter dem Begriff „aushändigen" die Übertragung des unmittelbaren Besitzes zu verstehen ist. Der Erwerber muß die Eintragungsbewilligung, wie Biermann[76]) den Ausdruck „aushändigen" wörtlich übersetzt, „in Händen haben". Ein constitutum possessorium genügt nicht, denn dies setzt den Erwerber nicht in die Lage, die Eintragung zu erwirken; so Bruck (S. 37); ebenso Planck,[77]) Staudinger.[78])

Kurz zu betrachten wären noch die Fälle des § 130 Abs. 2, wenn der Erklärende nach der Abgabe der Willenserklärung stirbt oder geschäftsunfähig wird. Nach § 130 Abs. 2 sind diese beiden Tatsachen ohne Einfluß. Nur können in unserem Falle die Erben oder der gesetzliche Vertreter die noch nicht bindend gewordene Einigung widerrufen.[79])

---

[76]) Anm. 2f. zu § 873 S. 47.

[77]) Anm. III, 2d zu § 873 Anm. 87.

[78]) Anm. B III, 1d S. 86.

[79]) So auch die gemeine Meinung.

Ein Surrogat für die Bindung enthält der § 894 ZPO.: Die Erklärung gilt als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat.

2. Die Einigung des § 929.

§ 12.

§ 929 lautet: Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.

Erforderlich zur Übertragung des Eigentums ist:

a) daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt. Dem Eigentümer ist gleichgestellt der Bevollmächtigte und der gesetzliche Vertreter.[1]) Ebenso schadet es nichts, wenn ein Nichteigentümer das Eigentum überträgt, sofern nach § 185 Konvaleszenz eintritt.[2])

Dem Eigentümer steht nach § 1242 der rechtmäßig veräußernde Pfandgläubiger gleich.[3])

b) Der Eigentümer muß dem Erwerber die Sache übergeben. In Bd. 1 § 171 (S. 881) sagt Windscheid, die Willenserklärung unter Lebenden, daß Eigentum auf einen anderen übergehen solle, reiche als solche

---

[1]) vgl. Staudinger Anm. II, 1 zu § 929 S. 291.

[2]) So Fischer-Henle Anm. III zu § 929; Biermann Anm. 2β zu § 929 S. 135; vgl. unten § 18.

[3]) Ferner zu vgl. §§ 1376 Ziff. 1, 2205.

nicht aus, um den Übergang des Eigentums zu bewirken. Es müsse zu dem (von Windscheid so genannten) Eigentumsübertragungsvertrag, d. h. der Erklärung des Willens von seiten des anderen, daß er das ihm übertragene Eigentum erwerben wolle, eine gewisse Form hinzukommen, die in der Übergabe der Sache (der Tradition) zu finden sei. „Der auf das Geben und Nehmen des Rechts an der Sache gerichtete Wille muß seinen Ausdruck finden in dem Geben und Nehmen des Körpers der Sache."[4])

Die 1. Kommission überließ die Entscheidung, ob die Übergabe als eine Form des Eigentumsübertragungsvertrages aufzufassen sei, der Wissenschaft.[5]) Sie bezeichnete die Übergabe nur als ein „notwendig präsentes Moment des dinglichen Vertrages".[6])

Es ist nun im einzelnen zu untersuchen, was das Gesetz unter Übergabe versteht. Übergabe im Sinne des § 929 bedeutet die Übertragung des Besitzes. Wir haben oben in § 9 erwähnt, daß der Besitz auf zweierlei Art erworben werden kann, entweder ohne den Willen oder mit dem Willen des bisherigen Besitzers. Nur im letzteren Falle können wir von einem sogen. Übergabebesitz sprechen. Allgemein anerkannt ist es, daß die Übergabe nicht streng körperlicher Art zu sein braucht. Auch Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 muß ausreichen. Denn sonst würde, wie

[4]) Windscheid-Kipp a. a. O.

[5]) vgl. Planck Vorbem. S. 15.

[6]) Mot. Bd. 3 S. 336.

Biermann[7]) hervorhebt, durch eine Besitzeinräumung nicht streng körperlicher Art zwar der Besitz übergehen, „aber nicht trotz aller Einigung beider Teile über den Eigentumsübergang das Eigentum. Ein Resultat, das unhaltbar ist".[8])

Nach Manigk (S. 193 ff.) ist es gleichgültig, wie der Erwerber in den Besitz der Sache gekommen ist. Nur der Besitz soll beim Erwerber des Eigentums vorhanden sein. Zuviel werde von denen verlangt, die eine Übergabehandlung forderten. Es komme nur auf den Effekt, nämlich die Herstellung eines Besitzverhältnisses an, und es sei gleichgültig, wodurch letzteres bewirkt werde. Wie Stöver (S. 166) hervorhebt, ist aber in dem Worte „übergeben" das Willensmoment enthalten. Manigk folgert seine Ansicht aus der Bestimmung des Satz 2 § 929: die Einigung über den Eigentumsübergang genügt, wenn der Erwerber im Besitze der Sache ist. Doch handelt es sich hier um einen völlig anders gearteten Fall als im Satz 1. Dies verkennt Stöver (a. a. O.) nicht, nur folgert er m. E. daraus zuviel. Hierüber weiter unten (S. 86 ff.). Manigks Ansicht dürfte sich als zu eng erweisen (vgl. auch Stöver a. a. O. darüber).

Übergabebesitz kommt, wie wir gesehen haben, dadurch zustande, daß Veräußerer und Erwerber einig sind, daß der Besitz übergehen soll. Das Wesen des Übergabe-

[7]) Anm. 2 a α zu § 929 S. 135.

[8]) vgl. auch Staudinger Anm. III, 1 zu § 929 S. 292; Stöver S. 165.

besitzes ist darin zu erblicken, daß die Besitzerwerbung mit dem Willen des früheren Besitzers erfolgt.[9]) § 854 Abs. 2 behandelt den einen der beiden möglichen Fälle.[10]) Dies geht m. E. klar aus dem Worte „genügt" hervor. Man wird demnach die Übergabe des § 929 als ein Rechtsgeschäft, als einen Vertrag bezeichnen müssen.[11])

c) Beide, d. h. der veräußernde Eigentümer und der Erwerber, müssen darüber einig sein, daß das Eigentum übergehen soll. Dies Einigsein hat, wie Eccius[12]) bemerkt, die „Bedeutung der Willensübereinstimmung des Verfügenden (Übergebenden) und des Erwerbers darüber, daß durch die Übergabe Eigentum übergehen soll". Wie Stöver (S. 179) hervorhebt, müssen sich die Willen der beiden Kontrahenten zu einem Willen zusammenschließen, um eine rechtliche Wirkung, den Eigentumsübergang, hervorzubringen. Dennoch will Stöver das „Einigsein" des § 929 Satz 1 nicht als einen Vertrag bezeichnet wissen. Er geht in seiner Deduktion von dem schon obenerwähnten Satz der Motive aus, nach dem die Übergabe ein notwendig präsentes Moment des dinglichen

---

[9]) „Ohne Einigung kann zwar originärer Besitzerwerb nach Abs. 1, auch anderweitiger derivativer Besitzerwerb stattfinden, aber kein Besitzerwerb durch Übertragung." Fischer-Henle Anm. 10 zu § 854.

[10]) In ähnlicher Weise drückt sich das BGB. in § 241 Satz 2 aus: die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

[11]) So auch Cosack Bd. 2 § 198 Abs. 1 Satz 1; Stöver S. 167, 169 f.

[12]) Gruchot Bd. 47 S. 51.

Vertrages sei. Er untersucht dann die verschiedenen Möglichkeiten. Zunächst ist zu betrachten der Fall der sogen. Traditionsofferte: jemand, z. B. der Buchhändler, schickt mir Bücher zu, und ich einige mich nach einiger Zeit mit ihm über den Eigentumsübergang. Hier, meint Stöver, sei entscheidend, daß bei Herstellung der Einigung der Erwerber im Besitze gewesen sei. Aber m. E. hat Stöver nicht beachtet, daß der Tatbestand der sogen. Traditionsofferte zu gleicher Zeit meistens auch unter § 929 Satz 1 fällt, nämlich dann immer, wenn es sich um Übergabebesitz handelt. § 929 Satz 2 spricht nur von demjenigen, der Besitzer ist. Es ist zwar gleichgültig, ob es sich um Übergabebesitz oder originären Besitzerwerb im Sinne des § 854 Abs. 1 handelt. Der Eigentumsübergang wird durch die nachfolgende Einigung der Beteiligten vollendet. Wie Planck[18]) sagt, handelt es sich aber im Satz 1 stets um eine Übergabe, welche zu dem Zwecke der Eigentumsübertragung geschieht. Wenn Stöver (S. 174) in dem Beispiel Brucks — A übergibt dem B heute einen Ring, etwa als Pfand, und einigt sich erst in 14 Tagen mit ihm darüber, ihm das Eigentum an dem Ringe zu übertragen — einen Eigentumserwerb auf Grund von § 929 Satz 2 erblickt, so ist ihm hierin beizutreten. Es ist aber daran festzuhalten, daß ich ohne meinen Willen wohl Besitz erwerben kann, aber nicht Übergabebesitz, der eine „notwendige Voraussetzung des

[18]) Anm. 4 zu § 929 S. 224.

Eigentumserwerbs nach § 929 Satz 1“[14]) bildet. Der Fall der Traditionsofferte dürfte häufig gegen die Meinung Stövers sprechen, da hier die Voraussetzung des Übergabebesitzes öfter gegeben ist. Außerdem ist zu berücksichtigen, daß der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt dafür gibt, daß Einigung und Übergabe zeitlich zusammenfallen müssen, und wie würde vollends der Fall zu beurteilen sein, wenn ich mich mit dem Eigentümer über den Besitzübergang nach § 854 Abs. 2 einige und dabei erkläre, ich will mich später über den Eigentumsübergang einigen, wenn irgendeine Bedingung eingetreten ist?

Ebenso leugnet Stöver (S. 175 ff.), daß die Einigung vor der Übergabe von irgendwelcher Bedeutung sei. Zwar gibt er zu, daß sie begrifflich möglich sei, nur sei eine solche Einigung ohne Bedeutung. Richtig ist, daß er auf Grund der bloßen Einigung dem Erwerber eine Klage gegen den Veräußerer versagt. Der dingliche Vertrag bildet das Leistungsgeschäft im Verhältnis zum obligatorischen Verpflichtungsgeschäft.[15]) Aber welche Wirkungen äußert die nicht bindende Einigung des § 873? Diese ist, wie auch Stöver annimmt, ein Vertrag. Eine Klage aus ihr herzuleiten, ist aber ebenfalls unmöglich. Die Beteiligten können sie jederzeit widerrufen.

Es ist m. E. nicht richtig, wenn Stöver im Endergebnisse mit Eccius[16]) darin übereinstimmt, daß er

[14]) Stöver S. 170.

[15]) Genaueres unten § 16.

[16]) Gruchot Bd. 47 S. 51, 53.

der Einigung vor der Übergabe die Rechtserheblichkeit abspricht. Eccius leugnet sowohl die Vertragsnatur der Einigung des § 873, als die der Einigung des § 929. Außerdem ist die Einigung, wenn sie der Übergabe vorausgeht, nicht rechtsunerheblich. Denn dadurch, daß sich Eigentümer und Erwerber geeinigt haben, bedarf es nur noch der Übergabe der Sache, um das dingliche Recht zu vollenden. Das „Einigsein" des § 929 ist, wie Simon (S. 15) mit Recht hervorhebt, keine neue Einigung, sondern stellt nur die Beziehung auf die etwa früher abgeschlossene Einigung dar.

Und weiter: welche juristische Konstruktion soll dann dem wichtigen Vorgang, der vom Gesetz als gleichwertig der Übergabe an die Seite gestellt wird, um die dingliche Rechtsänderung herbeizuführen, zukommen? Ein Vertrag ist das „Einigsein" des § 929 Satz 1 nicht. Was ist es dann? Da ist es konsequenter, wie Bruck und Eccius es tun, einer jeden Einigung den rechtsgeschäftlichen Charakter abzusprechen. Und mag auch Stöver auf dem Standpunkt stehen, daß Einigung und Übergabe zeitlich zusammenfallen müssen, so ist m. E. damit noch nichts gegen die Vertragsnatur der ersteren erwiesen. Vielmehr müßte man dann konsequent zwei begrifflich verschiedene Verträge annehmen, die wohl äußerlich schwer erkennbar sein können, wohl aber vorhanden sind.[17]) Es könnte scheinen, als ob damit gegenüber der Eigentumsübertragung von unbeweglichen Sachen nach § 873 ein Mehr

[17]) vgl. Cosack Bd. 2 § 198 I, 1.

gefordert werde. Doch darf hierbei nicht übersehen werden, daß es sich bei der Eigentumsübertragung von beweglichen Sachen um formlose rechtsgeschäftliche Erklärungen handelt, während nach § 873 zunächst eine beiderseitige rechtsgeschäftliche Erklärung gefordert wird und danach ein an strenge Regeln gebundener öffentlichrechtlicher Akt.

Es wäre in der Tat auch sonderbar, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch ein „Einigsein" und eine „Einigung" hinsichtlich der Konstruktionsfrage unterscheiden würde.[18]) Diese Unterscheidung scheint zum mindesten geklügelt zu sein. Entweder die Einigung über eine dingliche Rechtsänderung ist ein Vertrag, und dann ist nicht einzusehen, warum sie keiner sein soll, wenn der Erwerber noch nicht im Besitz der Sache ist, oder, wie Bruck und Eccius behaupten, sie ist stets ein an sich rechtsunerheblicher Akt, der erst durch das andere vom Gesetz aufgestellte Erfordernis der Eintragung bezw. der Übergabe eine Rechtswirksamkeit erhält.[19])

Über eine Form der Einigung des § 929 enthält das Bürgerliche Gesetzbuch keine Vorschriften. Der beiderseitige Wille braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, er kann aus den Umständen geschlossen werden, z. B. aus dem zu einer Eigentumsübertragung verpflichtenden Kaufalvertrag.[20])

[18]) vgl. auch Cohen S. 793.

[19]) Nach Ortlieb fallen Übergabe und Einigung unter den Begriff des Realvertrages. Hierüber s. § 10 oben.

[20]) vgl. Staudinger Bd. 3 Anm. IV, 1a zu § 929 S. 294; auch Planck Bd. 3 Vorbem. S. 18.

b) Eintragung bezw. Übergabe.

§ 13.

Das Bürgerliche Gesetzbuch macht eine dingliche Rechtsänderung abhängig von der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bei unbeweglichen und von der Übergabe bei beweglichen Sachen. Diese Erfordernisse müssen zu der Einigung sowohl nach § 873 als auch nach § 929 hinzutreten, aus der Einigung schöpfen sie „Inhalt und Rechtswirksamkeit".[1])

Es sollen diese beiden Erfordernisse hier kurz verglichen werden.

Eintragung wie Übergabe vollenden die dingliche Rechtsänderung. Es ist daher mit Recht betont worden, daß der Eintragung rechtserzeugende Kraft zukommt; sie dient nicht allein zur Beurkundung.[2]) Beide Erfordernisse sind nicht Form des dinglichen Vertrages.

Hervorgehoben mag auch hier nochmals der Unterschied zwischen den §§ 19 u. 20 GBO. werden. In § 19 wird der allgemeine Satz aufgestellt, daß eine Eintragung nur erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Die Einschränkung dieses Satzes gibt § 20. Danach darf sich das Grundbuchamt nicht nur mit der Prüfung des formellen Konsenses begnügen, wenn es sich um die Auflassung eines Grundstückes oder die Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts

[1]) Endemann Bd. 2 § 19 S. 88.

[2]) Fuchs, Festgabe für Wilke S. 97.

handelt. In diesen Fällen darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles erklärt ist. Der dingliche Vertrag bildet hier nicht nur, wie bei jeder sonstigen Rechtsänderung, ein materielles, sondern auch ein formelles Erfordernis.[3]) Es ist deshalb im Falle des § 20 nicht möglich, daß die Eintragung der Einigung vorangeht. Wohl aber bei allen sonstigen Rechtsänderungen. Kommt dann die zur Vollendung der Rechtsänderung erforderliche Einigung nicht zustande, so ist damit der Fall des § 894 gegeben: der Inhalt des Grundbuches steht in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage in Widerspruch. Damit haben wir eine weitere Eigentümlichkeit der Eintragung berührt. Wohl vollendet sie die Rechtsänderung, aber das im Grundbuch Eingetragene gilt nicht schlechtweg als „Recht". Es mangelt der Eintragung des Bürgerlichen Gesetzbuches an der „formellen Rechtskraft".[4])

Eine Eintragung soll ferner nur auf Antrag erfolgen (§ 13 GBO.). Dieser Antrag kann von demjenigen, der ihn gestellt hat, bis zur Eintragung zurückgezogen werden. Eine Bindung an ihn gibt es nicht. Er ist frei widerruflich,[5]) natürlich unbeschadet der sich für den Gegner aus dem der dinglichen Rechtsänderung zugrunde liegenden obligatorischen Geschäfte ergebenden Ansprüche.

[3]) vgl. Endemann § 19 S. 91.

[4]) So Planck Bd. 3 Vorbem. S. 13.

[5]) So Fuchs a. a. O. S. 101.

Dies führt zu einer kurzen Erörterung des § 98 GBO. Es heißt hier, daß durch Landesgesetz bestimmt werden kann, daß das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 BGB. erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Wie Fuchs[6]) ausführt, hat Preußen von diesem Recht nicht Gebrauch gemacht, weil die Auflassung ein streng abstraktes Geschäft ist und durch ein solches Erfordernis die durch das Bürgerliche Gesetzbuch geforderte Loslösung des dinglichen Vertrages vom kausalen Geschäft beeinträchtigt wird.[7])

Die Eintragungsbewilligung als solche ist, wie in § 11 schon erwähnt, nicht imstande, die dingliche Rechtsänderung zu bewirken. Sie ist ein formelles Erfordernis zur Eintragung nach § 19. Somit ist sie nicht Bestandteil des dinglichen Vertrages, sie ist nicht gleichbedeutend mit der Eintragung, sondern von dieser begrifflich geschieden.[8])

Das Wesen der Übergabe ist im vorigen Paragraphen näher erläutert worden. Es mag hier noch wiederholt werden, daß sie ebensowenig wie die Eintragung nur die Form des die dingliche Rechtsänderung bewirkenden Vertrages darstellen kann. Eine bloße Form kann nicht als Ursache einer Rechtswirkung angesehen werden. Sie

---

[6]) a. a. O. S. 105.

[7]) Näheres zu vgl. bei Fuchs a. a. O.

[8]) Übereinstimmend Fuchs a. a. O. S. 99; Staudinger Anm. IV, 1 a α zu § 873 S. 87.

ist ebenfalls ein der Einigung gleichwertiges Erfordernis für den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung. Insofern sind Eintragung und Übergabe einander ähnlich. Indessen weichen sie bei näherer Betrachtung sehr voneinander ab. Die Eintragung ist ein öffentlichrechtliches Erfordernis. Sie hat, wie Fuchs[9]) ausführt, zur Voraussetzung formelle prozessuale Anträge; sie stellt sich dar als ein obrigkeitlicher Akt. Anders die Übergabe. Diese ist ein Privatrechtsgeschäft, gerichtet auf Übertragung des Besitzes vom veräußernden Eigentümer auf den Erwerber. Mit Recht ist vom Gesetze die Übergabe nicht in der strengen Weise unter die Beobachtung gewisser Formen gestellt worden, da sie viel häufiger im Verkehr vorkommt. Und dadurch, daß das Gesetz zur dinglichen Rechtsänderung an beweglichen Sachen den Abschluß zweier Verträge, der Einigung und der neben ihr stehenden, ihr gleichwertigen Übergabe, fordert, wird der Eigentumsübergang deutlich genug verlautbart.

C. Verhältnis des dinglichen Vertrages zum obligatorischen Grundgeschäft.

a) Abstraktheit des dinglichen Vertrages.

§ 14.

Schon öfter ist darauf hingewiesen worden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den eine dingliche Rechtsänderung

[9]) a. a. O. S. 100.

bezweckenden Vertrag vom obligatorischen Grundgeschäfte gelöst hat.[1]) Wie Planck[2]) ausführt, wird es wohl niemals vorkommen, daß jemand eine dingliche Rechtsänderung um ihrer selbst willen vornimmt. Vielmehr soll durch sie ein bestimmter Zweck erreicht werden. Der häufigste Fall wird der sein, daß die dingliche Rechtsänderung zur Erfüllung eines obligatorischen Geschäftes vorgenommen wird.[3]) A schließt mit B einen Kaufvertrag zwecks Übereignung des dem A gehörigen Grundstückes. Wir sehen hier deutlich die Trennung des obligatorischen und des dinglichen Vertrages. Der obligatorische Vertrag, der zwischen A und B geschlossen ist, erzeugt für A die aus dem Kaufvertrage entspringende Verpflichtung, das Eigentum an seinem Grundstücke auf B zu übertragen. Dies ist nur möglich dadurch, daß sich A mit B über den Eigentumsübergang einigt und darauf die Eintragung des B als Eigentümer im Grundbuche erwirkt. Der dingliche Vertrag, die Einigung der Beteiligten, muß

---

[1]) vgl. § 829 1. Entw.

[2]) Bd. 3 S. 14.

[3]) „Es handelt sich also um die Umsetzung der obligatorischen Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, eine Hypothek zu bestellen usw., in eine Willenseinigung auf das sachenrechtliche Endziel, unter Ausschaltung der obligatorischen Beziehungen, deren Frucht und Abschluß diese Willenseinigung ist." Romeick S. 105; ebenso Oberneck (Reichsgrundbuchrecht Bd. 1 § 38 S. 321), der das Verhältnis zwischen dem Kausalgeschäft und der dinglichen, abstrakten Einigung (in Verbindung mit der Eintragung) auch als Verpflichtungs- und Leistungsgeschäft, als Erfüllung charakterisiert.

somit als das Leistungsgeschäft im Gegensatz zu dem obligatorischen Verpflichtungsgeschäft angesehen werden.

Das Gesetz macht überall da, wo es von einer Einigung spricht (§§ 873, 877, 929, 1032, 1205), diese nicht abhängig von dem Vorhandensein eines Titels.[4])

Es verlangt nur eine Einigung und einen entsprechenden Verlautbarungsakt. Die Parteien müssen sich nur über die Rechtsänderung einigen. Ob die der Rechtsänderung zugrunde liegende, diese zum Zweck habende causa sich verwirklicht oder nicht, hat auf den Bestand der dinglichen Rechtsänderung keinen Einfluß. „Dissens über die causa hindert die dingliche Rechtsänderung nicht."[5]) Dem Verletzten bleibt daher nur ein persönlicher Anspruch, eine Kondiktion. Dieser Nachteil der abstrakt

---

[4]) Anders das ALR., das für den Erwerb dinglicher Rechte einen Titel, z. B. Kauf, Schenkung, Darlehn, und einen Modus erforderte, d. h. eine Handlung, welche auf Grund des Titels das Eigentum begründete. Die Überschrift des 9. Titels des ALR. Teil I lautet: „Von der Erwerbung des Eigentums überhaupt und den unmittelbaren Arten derselben insonderheit". § 1: Die äußeren Handlungen, durch welche das Eigentum erworben wird, bestimmen die verschiedenen Erwerbungsarten (modus acquirendi). § 2: Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch das Eigentum erworben werden kann, wird der Titel des Eigentums genannt. — Weiter geht noch der code civil; Art. 711 lautet: La propriété des biens s'acquiert et se transmet par l'effet des obligations. Den Gegensatz hierzu bilden die mancipatio und in iure cessio, die streng abstrakte Geschäfte darstellten.

[5]) s. Biermann Vorbem. S. 2.

konstruierten Einigung wird reichlich durch die Vorteile aufgewogen, die eine abstrakte dingliche Rechtsänderung bietet. Wie Planck[6]) ausführt, bietet es große praktische Vorteile für das Rechtsleben, wenn das Fehlen eines gültigen Rechtsgrundes dennoch den Übergang des Rechtes auf den Erwerber nicht ausschließt. Und außerdem ist es für den Erwerber dadurch viel leichter gemacht, sein dingliches Recht zu beweisen, da er nur das Zustandekommen des dinglichen Vertrages darzutun hat. Dazu kommt noch der Schutz, den der gute Glaube des Erwerbers genießt.[7])

In § 8 haben wir bei den abstrakten Geschäften unterschieden zwischen solchen, die notwendig abstrakt sind, und den sogen. willkürlich abstrakten.

Als notwendig abstrakten dinglichen Vertrag kennt das Bürgerliche Gesetzbuch die Auflassung. Notwendig abstrakt ist sie deshalb, weil es nicht in der Macht der Beteiligten liegt, ihre Gültigkeit in Abhängigkeit zu bringen von einer im Kausalgeschäft enthaltenen Bedingung oder Zeitbestimmung.[8]) Die Auflassung steht, wie Bruck (S. 26) betont, nie in einem rechtlichen Zusammenhange mit dem Kausalgeschäft. Deshalb hat Cosack[9]) einen solchen Vertrag, der sich durchaus auf

---

[6]) Bd. 3 Vorbem. S. 14.

[7]) vgl. Bruck S. 23.

[8]) vgl. § 925 Abs. 2; s. auch Dernburg, Bürgerl. R. § 64 S. 199.

[9]) Cosack Bd. 2 § 177 S. 28 (1. Aufl. 1899); ähnlich 4. Aufl. Bd. 2 § 976 S. 22.

die Begründung des dinglichen Rechtes als solches beschränkt, rein dinglich genannt. Zu beachten ist aber, daß dinglich und abstrakt nicht identische Begriffe sind, da auch ein obligatorischer Vertrag sehr wohl abstrakt sein kann, z. B. der Wechsel, ebenso §§ 780, 781.[10])

Die Bestimmung des § 925 Abs. 2, daß eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist, kann sehr leicht dadurch umgangen werden, daß die Parteien eine Vormerkung eintragen lassen, die nach § 883 zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechtes am Grundstücke usw. dient. Dies ist besonders wichtig für den Fall der Kreditierung des Kaufpreises. Der Verkäufer muß nach § 925 Abs. 2 das Grundstück ohne Hinzufügung einer Bedingung und Zeitbestimmung auflassen; daneben läßt er sich aber vom Käufer die Rückübertragung des Grundstücks für den Fall der nicht rechtzeitigen Bezahlung des Kaufpreises versprechen und gleichzeitig diesen Anspruch durch Eintragung einer Vormerkung dinglich sichern. Der Verkäufer ist nach den Bestimmungen des § 883 Abs. 2 dann gesichert. Vgl. auch § 888, wonach derjenige, zu dessen Gunsten eine Vormerkung eingetragen ist, von einem anderweitigen Erwerber die Zustimmung zur Löschung verlangen kann, die zur Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruches erforderlich ist.[11])

[10]) Ebenso Staudinger Bd. 3 Einleitung S. 7 IV A, 1.

[11]) So die gemeine Meinung; vgl. Planck Anm. 10 zu § 929 S. 207; Fischer-Henle Anm. 10 zu § 929; Bruck S. 27.

Die Motive[12]) sind der Ansicht, daß die sachenrechtlichen Geschäfte notwendig abstrakter Natur seien. Dieser Satz der Motive ist, wie Dernburg[13]) bemerkt, irreführend. Denn wenn das Gesetz die sachenrechtlichen Geschäfte notwendig abstrakt hätte gestalten wollen, so hätte z. B. die Eigentumsübertragung beweglicher Sachen ebenfalls unbedingt oder unbefristet erfolgen müssen. Das ist nicht geschehen. Und im Verkehr geschieht eine Eigentumsübertragung beweglicher Sachen sehr häufig gerade unter Hinzufügung von Bedingung oder Zeitbestimmung, z. B. Eigentumsübertragung unter der Bedingung, daß der Gegner mit dem geforderten Preise einverstanden ist, oder Eigentumsübertragung unter der Bedingung, daß Zug um Zug geleistet werde.[14])

Man muß daher den Satz: die Einigung ist abstrakter Natur, dahin modifizieren, daß man sagt: die Einigung kann abstrakt gestellt werden; sie muß abstrakt sein bei der Eigentumsübertragung von Grundstücken.[15])

---

[12]) Bd. 3 S. 7.

[13]) Bürgerl. R. Bd. 3 § 64 S. 199.

[14]) vgl. Dernburg a. a. O. § 100 S. 298.

[15]) vgl. Bruck S. 25. Anders Planck Bd. 1 Vorbem. S. 147: Die dinglichen Verträge sind nach dem BGB. immer abstrakte Rechtsgeschäfte; vgl. aber die Einschränkung, die Planck Bd. 3 Vorbem. S. 15 macht. Unzutreffend Ortlieb S. 48 f. Nach ihm ist die Einigung stets abstrakt. Es mache nichts aus, wenn eine Bedingung der Einigung hinzugefügt werde. Die Abhängigkeit des dinglichen Vertrages vom Kausalgeschäft sei in diesem Falle keine natürliche, sondern

Es mag noch hinzugefügt werden, daß auch die Einigung über Bestellung eines Pfandrechtes abstrakter Natur ist, denn wie Bruck (S. 28) bemerkt, ist es gleichgültig, was die causa für die Pfandrechtsbestellung bildet, ob für Darlehns- oder Kauf- oder Werk- oder Dienstvertragsschuld.

Es war oben erwähnt, daß dem Verletzten infolge der abstrakten Natur der Einigung nur ein persönlicher Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zusteht. Wenn der dingliche Vertrag selbst nichtig oder anfechtbar ist, z. B. weil er zum Schein geschlossen war, oder wegen Irrtums bei seinem Abschluß, so bleibt der Veräußerer Eigentümer.[16]) Umgekehrt, wenn der dingliche Vertrag selbst korrekt ist, es sich nachher aber herausstellt, daß die vorgestellte causa der Rechtsänderung nicht vorhanden war, so hat der Erwerber das dingliche Recht erlangt;

---

eine von den Parteien „gewissermaßen" künstlich herbeigeführte. Sie sei deshalb keine natürliche, weil sie nicht wie bei Kausalgeschäften aus der inneren Natur des dinglichen Vertrages an sich entspringe. M. E. entspringt auch aus dem Kaufvertrage an sich keine Abhängigkeit von einer Bedingung, sondern die Gültigkeit des Kaufvertrages ist infolge der von den Parteien gesetzten Bedingung von dieser abhängig. Eben dasselbe gestattet die Rechtsordnung im allgemeinen für die Einigung. Die Einigung ist gewöhnlich abstrakt, d. h. losgelöst von dem Kausalgeschäft, sie kann aber von einer Bedingung abhängig gemacht werden. Man kann sie daher nicht notwendig abstrakt nennen wie die Auflassung.

[16]) Im Falle der Anfechtbarkeit natürlich nur, wenn der Verletzte von dem Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht hat; vgl. auch unten § 18.

dem Veräußerer steht nur ein persönlicher Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812 ff. zu. Der Unterschied zeigt sich deutlich im Konkurse. Im ersten Fall hat der Veräußerer als Eigentümer ein dingliches Aussonderungsrecht, im zweiten Fall ist er gewöhnlicher Konkursgläubiger. Die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäftes wird durch die dem obligatorischen Geschäfte anhaftenden Mängel nicht berührt.[17]) Schwierigkeiten machen aber die Fälle, in denen derselbe Mangel das obligatorische wie das dingliche Geschäft trifft.[18]) Der

---

[17]) vgl. Crome Bd. 3 § 364 S. 115.

[18]) Es wäre m. E. falsch, hier § 139 anzuwenden, da juristisch zwei Rechtsgeschäfte, das obligatorische und das von diesem begrifflich getrennte dingliche, zu unterscheiden sind (vgl. Steyert S. 43). Deshalb nicht richtig Biermann (Anm. 1 zu § 873 S. 46), der § 139 dann anwenden will, wenn Kausalgeschäft und Einigung in einem Vertrag zusammengefaßt sind und das Kausalgeschäft nichtig ist: In diesem Falle soll auch die Einigung nichtig sein, wenn nicht anzunehmen ist, daß sie für sich gewollt ist. Zweifellos wird es sehr häufig vorkommen, namentlich bei der Übertragung beweglicher Sachen zu Eigentum, daß Kausalgeschäft und dinglicher Vertrag zusammenfallen, begrifflich sind sie indessen streng auseinanderzuhalten. Daher kann § 139, der einen Vertrag voraussetzt, nie anwendbar sein; s. aber die Ausführungen im Texte. Übereinstimmend Nissen S. 249. Er nimmt aber den Fall aus, daß eine Verbindung zwischen der Einigung und einem Teile des Kausalgeschäftes besteht. Als Beispiel für diesen Fall gibt Nissen folgendes: Abredegemäß sollte die Ware unter Nachnahme des Kaufpreises gehen. Es ist nicht völlig zutreffend, wenn er sagt, die Übergabe der Ware vereinige sich hier mit der Empfangnahme des Kaufpreises zu einem einheitlichen Rechtsgeschäfte, vielmehr soll die

Streit dreht sich namentlich um den sogen. Kreditkauf, wenn der Verkäufer durch falsche Vorspiegelungen über die Kreditwürdigkeit des Käufers zum Abschlusse des Kaufvertrages und in Erfüllung dieses Geschäftes zur Eigentumsüber-

---

Eigentumsübertragung verabredungsgemäß nur unter der Bedingung erfolgen, daß der Käufer den Preis bei der Übergabe zahlt. Der Verkäufer aber begibt sich nachher jenes Rechtes und sendet die Ware ohne Nachnahme, gewährt also für den Kaufpreis Kredit bis nach Empfang der Ware durch den Käufer. Hier, meint Nissen, verschmölzen sich analog dem obigen Falle Übergabe und Preiskreditierung zu einem einheitlichen Geschäfte. Demgemäß müsse man zur Anwendung des § 139 gelangen. M. E. mit Unrecht, vielmehr muß die Frage von einem anderen Gesichtspunkte gelöst werden. Wir haben es hier mit dem Fall zu tun, daß eine Einigung unter der Bedingung nur erfolgen soll, daß der Preis gezahlt wird. Ist die Kreditierung nach § 119 anfechtbar, so nützt dies m. E. dem Verkäufer nichts. Damit allein ist noch keine Anfechtbarkeit des dinglichen Vertrages gegeben. Wohl aber ist nach Absicht der Parteien der dingliche Vertrag nur unter der Bedingung zustande gekommen, daß der Kaufpreis gezahlt wird. Diese Bedingung entfällt; damit ist die Einigung nichtig; das Eigentum ist gar nicht auf den Käufer übergegangen. — Noch größeren Raum für die Anwendung des § 139 gewährt Kaufmann (S. 349), aber aus den oben angeführten Gründen unzutreffend. Nach seiner Ansicht ist der Tatbestand des § 139 schon dann gegeben, wenn der Anfechtungsgrund an sich nur das obligatorische Geschäft trifft. Hier sei zwar die Kaufofferte, nicht aber die Traditionsofferte der Anfechtung unterworfen. Da aber ein einheitliches Geschäft vorliege, so sei § 139 gegeben. Wann dieses einheitliche Geschäft vorliege, könne bisweilen zweifelhaft sein; stets liege es aber dann vor, wenn sich die dingliche Einigung in unmittelbarem Zusammenhang an das obligatorische Geschäft anschließe, z. B. die Parteien lassen den Grundstückskauf von einem Notar beurkunden

tragung veranlaßt war. Die Eigentumsübertragung ist dann als wirksam anzusehen, wenn der Veräußerer, obwohl er von der arglistigen Täuschung vor der Vornahme der Eigentumsübertragung Kenntnis erhalten hat, dennoch die Einigungserklärung abgibt und damit auf sein Anfechtungsrecht verzichtet.[19]) Auf der anderen Seite ist dahin zu entscheiden,[20]) daß auch der dingliche Vertrag anfechtbar ist, wenn der Veräußerer durch eine neue arglistige Täuschung des § 123, „durch neue Betrugshandlung", zum Abschluß der Einigung veranlaßt war. Ist dies aber nicht geschehen, hat die arglistige Täuschung

---

und begeben sich dann mit dem Notariatsprotokoll zum Zwecke der Auflassung auf das Grundbuchamt. M. E. bedeutet dies eine Verkennung der gesetzlichen Konstruktion des dinglichen Vertrages; es ist nach dem Gesetze gleichgültig, ob die dingliche Einigung sich dem obligatorischen Geschäfte unmittelbar anschließt oder nicht. Begrifflich, oft nicht tatsächlich, ist sie streng zu scheiden vom obligatorischen Geschäft. Zustimmend auch Oberneck Bd. 1 § 38 S. 321. Ist das dingliche Geschäft wegen bei ihm vorgekommenen Irrtums anfechtbar, so ist es nach erfolgter Anfechtung als nichtig anzusehen. Ist es nicht möglich, daß die obligatorische und die dingliche Willenserklärung sich scharf trennen lassen, z. B. wenn die Einigung im obligatorischen Geschäft mitenthalten ist, so muß man mit Bruck (S. 63) annehmen, daß es billiger sei, auch die Einigung für anfechtbar zu erklären, aber nicht deshalb, weil ein einheitliches Rechtsgeschäft vorliegt, sondern weil man annehmen muß, daß der Irrtum auch beim dinglichen Vertrag vorgekommen ist. Dieser Grund dürfte mehr psychologischer Natur sein als juristischer; vgl. auch unten § 18.

[19]) So auch Bruck S. 63; Dernburg Bd. 3 § 64 S. 201.

[20]) Dernburg a. a. O.

fortgedauert und der Veräußerer daraufhin sich mit dem Erwerber über die dingliche Rechtsänderung geeinigt, so dürfte es richtig sein, dem Veräußerer ein Anfechtungsrecht hinsichtlich des dinglichen Geschäfts zu gewähren. Denn in diesem Falle ist sowohl das kausale als auch das dingliche Geschäft durch die arglistige Täuschung herbeigeführt worden,[21]) und nach § 123 ist nur erforderlich, daß der Erklärende wirklich durch die Täuschung zu der Willenserklärung bestimmt ist.[22]) Der Einwand, den Bruck (S. 63) macht, daß der dingliche Vertrag deshalb geschlossen wurde, um eine als bestehend angenommene Verbindlichkeit zu realisieren, ist m. E. nicht stichhaltig. Gewiß hat der Veräußerer geglaubt, die Verbindlichkeit bestehe zu Recht, und daher müsse er sich über den Eigentumsübergang einigen, aber es stellt sich nachher heraus, daß die Voraussetzungen, auf denen seine Annahme beruhte, falsch waren. Sowohl das obligatorische Geschäft war durch eine arglistige Täuschung veranlaßt als auch der dingliche Vertrag, da letzterer nur in der Meinung geschlossen war, es bestehe eine Verbindlichkeit, die aber

---

[21]) So auch Nissen S. 348: „Die Einräumung des Kredits ist regelmäßig ein Bestandteil des Kausalgeschäfts, nicht oder nicht gleichzeitig ein solcher der Einigung. Im Verhältnis zur Einigung betrifft er einen von dieser begrifflich verschiedenen Tatbestand. Immerhin aber steht auch die Einigung unter seinem Einfluß, der Verkäufer würde die Ware dann nicht geliefert haben, wenn er um die Kreditunwürdigkeit des Käufers gewußt hätte". Übereinstimmend Kaufmann S. 349

[22]) vgl. Planck Bd. 1 Anm. 2 zu § 123.

in Wahrheit nicht existiert. So auch Dernburg,[23]) Planck.[24])

M. E. ist es unmöglich, daß der abstrakte dingliche Vertrag gegen die guten Sitten verstoßen kann, weil er zum Kausalgeschäft, dem Verpflichtungsgeschäft, das Leistungsgeschäft darstellt. Eine unsittliche Verpflichtung wird in ihm nicht erzeugt, wie Bruck (S. 65) richtig bemerkt. Nur der obligatorische Vertrag kann der Anfechtung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten unterliegen.[25]) A. M. Dernburg[26]) und Neubecker, der[27]) zur Unterstützung seiner Meinung § 817 anführt, aber wohl mit Unrecht, denn der „Zweck einer Leistung" ist im obligatorischen Geschäft enthalten; wohl hat jeder abstrakte Vertrag einen „Zweck", und zwar vernünftigerweise, aber die in ihm vorgestellten Zwecke werden vom Gesetze nicht berücksichtigt. Außerdem würde, wie Oberneck[28]) hervorhebt, durch Dernburgs Ansicht „eine völlige Vermischung des Unterschiedes zwischen dem kausalen Verpflichtungsgeschäft und dem abstrakten Erfüllungsgeschäft" herbeigeführt werden.

---

[23]) § 64 S. 201.

[24]) Anm. III, 5 zu § 873 S. 89.

[25]) So auch Oberneck Bd. 1 § 38 S. 322.

[26]) Bürgerl. R. Bd. 3 § 64.

[27]) S. 69 Anm. 13.

[28]) a. a. O. Anm. 8.

b) Form des der Einigung zugrunde liegenden Kausalgeschäfts.

§ 15.

Zur Erörterung dieser Frage dürfte am besten von der Bestimmung des § 313 auszugehen sein, nach der ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung nachfolgen (vgl. auch § 1017 für das Erbbaurecht).

In der Einleitung haben wir eine jener typischen Eigentümlichkeiten des Obligationenrechts berührt, daß es stets in dem Augenblick von der Erfüllung strenger Formvorschriften für die innerhalb seines Rahmens zu schließenden Rechtsgeschäfte Abstand nimmt, in dem der wirtschaftliche Verkehr, auf den das Obligationenrecht vor allem zugeschnitten ist, in lebhaften Formen sich zu bewegen beginnt.

Von diesem Grundsatze ausgehend hat das Bürgerliche Gesetzbuch auch die Verträge des Obligationenrechts formlos gestaltet, ausgenommen nur wenige für das Vermögensleben des einzelnen gefährliche Geschäfte, wie z. B. die Bürgschaft.

Zu diesen tief in die wirtschaftlichen Verhältnisse des einzelnen einschneidenden Geschäften gehört der obligatorische Vertrag, z. B. Kauf- oder Schenkungsvertrag,

der die Übereignung eines Grundstückes zum Zwecke hat. Ihn hat das Gesetz streng formalisiert. Qui dicit de uno, negat de altero, sagt Scherer[1]) mit Recht, d. h. alle anderen Verträge, durch die sich jemand verpflichtet, ein sonstiges dingliches Recht an einem Grundstücke zu übertragen, sind formfrei, ein Grundsatz, der auch aus § 125 folgt.[2]) Es heißt hier: Ein Rechtsgeschäft, das der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Umgekehrt bedeutet dieser Satz: überall da, wo das Gesetz keine Form vorgeschrieben hat, ist ein formlos geschlossenes Geschäft gültig und klagbar. Wird dieser Satz auf unsere Frage angewendet, so bedeutet es: „Der obligatorische Vertrag, welcher die Verpflichtung zu einer Rechtsänderung enthält, bedarf, um bindend zu sein, nicht der im § 873 Abs. 2 vorgeschriebenen Formen; er ist vielmehr der Regel nach formfrei, und es kann daher auch aus einem bloß mündlichen Vertrag auf formgerechte Bestellung des in ihm versprochenen Rechts geklagt werden".[3])

Diesen Satz sucht Wolff[4]) zu bekämpfen. Er geht (S. 27) von der Annahme aus, das Gesetz verlange nicht die Abschließung zweier Verträge, eines obligatorischen und eines dinglichen, sondern verlange als Voraussetzung der Rechtsänderung, abgesehen von der Eintragung, nur die Einigung der Beteiligten. Somit ergebe weder der

---

[1]) Nr. 69 S. 38.

[2]) Ähnlich Förster im Recht 1901 S. 579.

[3]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 48 S. 135.

[4]) In Gruchot Bd. 47 S. 26 ff.

Wortlaut noch der Inhalt des Gesetzes, daß diese Einigung, wenn sie schon in dem obligatorischen Vertrage enthalten, nicht mit derjenigen Einigung identisch sei, welche zu der Rechtsänderung erforderlich sei. Erkläre aber das Gesetz die Einigung, d. h. das Einverständnis der Beteiligten, nur unter bestimmten formellen Voraussetzungen für bindend, so werde die in dem obligatorischen Rechtsgeschäft enthaltene Einigung von dieser Vorschrift betroffen. S. 31 bezeichnet Wolff es als befremdend, daß der mündliche Kaufalvertrag einen klagbaren Anspruch auf Änderung des Immobiliarrechts erzeugen könne, die dingliche Einigung dagegen, obgleich sie dieselbe Rechtsänderung wie der Kaufalvertrag betreffe, in gleicher Formlosigkeit nicht bindend sein solle. Die Einigung, heißt es weiter (S. 33), sei nicht ein Leistungsgeschäft, sondern ein mit einem Teile des Kaufalgeschäfts sich deckendes Rechtsgeschäft. Als Leistung könne (S. 39) nur die in grundbuchmäßiger Fassung und Form abgegebene Eintragungsbewilligung gelten.

Seinen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Das Wesen der Eintragungsbewilligung haben wir oben erörtert. Sie ist einmal im Grundbuchverkehr eine einseitige abstrakte Willenserklärung des Berechtigten, die zu einer Eintragung im Grundbuch führt. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß eine Rechtsänderung eingetreten ist. Zur Rechtsänderung gehört auch der darauf gerichtete und erklärte Wille des Erwerbers. Ohne seinen Willen erwirbt niemand ein Recht am Grundstück. Die

Eintragungsbewilligung ist nicht imstande, das vom Bürgerlichen Gesetzbuch geforderte materielle Konsensprinzip, d. h. die Einigung des Berechtigten und des Erwerbers, zu ersetzen. Die Eintragungsbewilligung kann als solche niemals als das aus dem obligatorischen Vertrage entspringende Leistungsgeschäft angesehen werden. Die Leistung kann nur bestehen in dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten, die dingliche Rechtsänderung auf Grund des obligatorischen Vertrages vorzunehmen. Wird auf Grund der Eintragungsbewilligung des A für B ein dingliches Recht an As Grundstück eingetragen, so ist damit materiell noch nicht das dingliche Recht entstanden. B hat nach § 894 einen Berichtigungsanspruch. Die formelle Eintragungsbewilligung des Grundbuchrechts ist nicht zu verwechseln mit der eine materielle Einigung bindend machenden Eintragungsbewilligung des § 873. Jene kann ein dingliches Recht nicht erzeugen, kann dem obligatorischen Vertrag keine Leistung sein; diese dient nur dazu, um eine Bindung der Beteiligten herbeizuführen, auf Grund deren der Erwerber infolge der ihm vom Berechtigten ausgehändigten Eintragungsbewilligung die Eintragung erwirken kann. Mit Recht macht Molitor (S. 60) darauf aufmerksam, was denn bei der Eigentumsübertragung, dem „wichtigsten Immobiliarrechtsgeschäft", Leistung sein solle, da hier auch § 873 gelte und eine bloße Eintragungsbewilligung als Erklärung der Einigung im Sinne des § 873 nicht genüge. Wenn aber die Eintragungsbewilligung nicht Leistung sein kann, was soll

dann die Leistung der obligatorischen Verpflichtung darstellen? Als Leistung kann doch nichts anderes in Betracht kommen als die durch den obligatorischen Vertrag gewollte Rechtsänderung. Und diese tritt ein nach § 873, wenn sich die Beteiligten geeinigt haben und die Änderung im Grundbuche eingetragen ist. § 873 spricht auch nur von einer Einigung über die Rechtsänderung, und nur über diese. Obwohl Wolff eingehend die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen berücksichtigt, will er nicht als Bestreben des Gesetzes erblicken, den Vertrag, der eine dingliche Rechtsänderung zur Folge haben will, vom obligatorischen Vertrage loszulösen und selbständig zu gestalten. Aus den Verhandlungen der 2. Kommission geht deutlich hervor, daß man nur das Wort „Vertrag" beanstandete, im übrigen aber der Gedanke des 1. Entw., wonach nur ein besonderer dinglicher Vertrag die Rechtsänderung bewirken könne, die „sachliche Zustimmung der Kommission" gefunden habe.[5]) Gerade durch Wolffs Konstruktion wird die Verkehrssicherheit, die von dem Gesetz durch die Aufnahme eines vom obligatorischen Geschäfte getrennten Vertrages erreicht werden sollte, wieder in Frage gestellt.

Wolff findet das Resultat befremdend, daß die Einigung, wenn die Beteiligten sich an sie nicht durch eine der im § 873 Abs. 2 aufgestellten Formvorschriften gebunden haben, beliebig widerruflich sei, während ein

---

[5]) Prot. II Bd. 3 S. 53.

formlos geschlossener Kausalvertrag, der ja doch ebenso wie die Einigung eine dingliche Rechtsänderung bezwecke, einen klagbaren Anspruch auf Änderung des Immobilarrechts erzeugen solle.[6]) Wolff verkennt, so geht m. E. aus diesen Ausführungen hervor, die Bedeutung der Einigung. Die Einigung ist, wie oben (§ 11) ausgeführt, ebenfalls ein fertiger Vertrag, wie das formlos abgeschlossene Kausalgeschäft, nur hat das Gesetz den Beteiligten einen Widerruf bis zur Bindung durch Erfüllung einer der vorgeschriebenen Formen gewährt, und zwar deshalb, um einer Übereilung und Unüberlegtheit der Parteien zu steuern. Die „formlose" Einigung führt sehr wohl zur Rechtsänderung, wenn die Parteien nicht vom Widerrufsrecht Gebrauch machen. Man hat dieses Recht, bis zur Bindung die Einigung zu widerrufen, mit dem Rücktrittsrecht des Obligationenrechtes verglichen.[7]) Dieses nach § 873 Abs. 2 für die Beteiligten bestehende „Rücktrittsrecht" findet, wie Molitor a. a. O. darlegt, auf den „obligatorischen Vertrag in keinem Worte des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anhalt".

Wegen der von Wolff (S. 43) beanstandeten Entscheidung des Reichsgerichts vgl. Molitor S. 61 unten.

S. 46 bekämpft Wolff den oben von Scherer angeführten Satz: qui dicit de uno, negat de altero. Das arg. e contr. aus § 313 in Verb. mit § 125, wonach

---

[6]) s. oben S. 108.

[7]) vgl. z. B. Molitor S. 60.

ein obligatorischer Vertrag, dessen Gegenstand nicht in der Übertragung eines Grundstückes, sondern in der Änderung eines anderen Immobilarrechtes besteht, einer Form nicht bedarf, ist nach Wolff falsch. Vielmehr dürfe nur gesagt werden, alle diese Verträge bedürften nicht der in § 313 vorgeschriebenen notariellen Beurkundung, um rechtswirksam zu sein, aber insoweit seien solche formlosen Verträge „unverbindlich", d. h. nicht klagbar (aber keineswegs nichtig!), als sie die Änderung des Immobilarrechts zum Gegenstande hätten.[8]) Ein solcher Vertrag wäre mithin eine Art naturalis obligatio![9])

M. E. hat eine solche Konstruktion im Gesetze keinen Anhalt. Es ist nicht richtig, daß Wolff in § 873 Abs. 2 eine Formvorschrift für die Einigung sieht, die nach ihm mit dem die Rechtsänderung bezweckenden Teil des obligatorischen Vertrages identisch ist. Die Einigung — und nach ihm also der betreffende sich mit der Einigung dem Inhalte nach deckende Teil des obligatorischen Geschäftes ist — und daran muß dem Wortlaute des § 873 Abs. 2 gemäß durchaus festgehalten werden — formfrei, aber nur nicht bindend. Es wäre vielleicht richtiger, wenn Wolff sagen würde, der die Rechtsänderung bezweckende Teil des obligatorischen Geschäftes ist formfrei,

---

[8]) Dagegen auch Fuchs (JurW. 1901 S. 747), der mit Recht bemerkt, daß die Vorschriften der §§ 311, 313 u. a. unerklärlich wären, wenn alles, was für dingliche Verfügungen gelte, auch für die obligatorischen Verpflichtungen zu diesen Verfügungen gelten würde.

[9]) Ähnlich Molitor S. 59.

aber da Einigung und dieser Teil des Kausalgeschäftes dasselbe sind, bedarf dieser Teil des obligatorischen Geschäftes, um bindend zu sein, d. h. um die Rechtsänderung direkt bewirken zu können, einer der vom Gesetze aufgestellten Bindungsvorschriften.

Eine andere Ansicht über das Verhältnis zwischen dem Kausalvertrage und dem dinglichen Vertrage hat sich im Anschluß an eine Entscheidung des Kammergerichts gebildet, die in Entsch. d. RG. Bd. 48 S. 133 verworfen ist. Für sie ist Küchendahl[10]) eingetreten. Man argumentiert folgendermaßen: die auf die dingliche Rechtsänderung gerichtete Einigung des § 873 ist als der Hauptvertrag aufzufassen, im Verhältnis zu dem der obligatorische Vertrag den Vorvertrag bilde. Ein Vorvertrag bedürfe, um gültig zu sein, der Formen, die das Gesetz für den Hauptvertrag vorschreibe,[11]) andernfalls sei er unwirksam.[12]) Obwohl die Einigung des § 873, sagt Küchendahl,[13]) vom Gesetzgeber abstrakt gemeint sei und daher nicht notwendig ein bereits bestehendes Kausalgeschäft zur Voraussetzung habe, so folge daraus doch nicht, daß die Verbindung der dinglichen Einigung mit einem ein Schuldverhältnis begründenden Vertrage unstatthaft sei. Ein solcher Vertrag bedürfe aber der

---

[10]) In JurW. 1901 S. 701 ff. und im Recht 1902 S. 200 f.

[11]) vgl. Endemann Bd. 1 § 106 Anm. 10.

[12]) vgl. Küchendahl in JurW. 1901 S. 703.

[13]) Recht S. 200.

strengsten Form, welche auch nur ein Bestandteil erfordere, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft im übrigen auch ohne den formbedürftigen Bestandteil vorgenommen sein würde, in welchem Falle nur der formbedürftige Bestandteil nichtig sei nach § 139. Diese Ansicht verstößt gegen die Auffassung der Motive, wonach die „Gesetzgebung die Rechtsgeschäfte, welche den sachenrechtlichen Verkehr vermitteln, unabhängig von den Rechtsgeschäften anderer Teile des Systems auffassen und gestalten mußte".[14])

Den Ausdruck für diese Auffassung bildet, wie Wunderlich bemerkt (S. 791), die Durchführung des materiellen Konsensprinzips, d. h. des Grundsatzes, daß die dingliche Rechtsänderung durch die abstrakte Einigung — „durch den abstrakten Konsens der Beteiligten"[15]) — in Verbindung mit der dieser vorangehenden oder nachfolgenden Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuche entsteht. Dem Gesetz erscheint es „völlig gleichgültig, ob ein obligatorischer Vertrag (als causa) vorangegangen ist oder nicht".[16])

Wie ferner Oberneck[17]) mit Recht hervorhebt, ist es unmöglich, einen Vorvertrag zu einer Einigung im Sinne des § 873 zu konstruieren, da „eine solche Voreinigung

---

[14]) Mot. Bd. 3 S. 6; vgl. Fuchs in JurW. 1901 S. 747 Ziff. 2.

[15]) Mot. S. 126.

[16]) Cohen S. 792.

[17]) Bd. 1 § 38 S. 322.

die gleiche, den unmittelbaren Eintritt der beabsichtigten Rechtsänderung bezweckende Richtung haben müßte; dann wäre sie aber die Einigung selbst, und eine nachträgliche Einigung nur eine Wiederholung der vorhergegangenen". Auch er ist der Ansicht, daß der auf Einräumung oder Änderung eines dinglichen Rechts gerichtete, d. h. der die dingliche Rechtsänderung bezweckende, obligatorische Vertrag an keine Form gebunden sei, daß aus dem bloß mündlich abgeschlossenen Vertrage auf formgerechte Bestellung des in ihm versprochenen Rechts geklagt werden könne.

Beide Theorien, sowohl Wolffs wie Küchendahls, haben m. E. denselben Fehler gemeinsam. Sie unterscheiden nicht, wie der Gesetzgeber es getan hat, streng den obligatorischen und den dinglichen Vertrag. Beide verkennen die Verschiedenheit des im Obligationenrecht und im Sachenrecht angestrebten Rechtserfolges.[18]) Auf der einen Seite haben wir es mit einer Verpflichtung zur Rechtsänderung zu tun, während das Sachenrecht das diese Verpflichtung realisierende Leistungsgeschäft enthält, und die Bindung an den dinglichen Vertrag an die Beobachtung gewisser strenger Formvorschriften geknüpft ist, die zur Verlautbarung des Leistungsgeschäftes, wie Endemann (a. a. O.) richtig hervorhebt, unentbehrlich sind.[19]) Es ist ferner mit Molitor (S. 58) zu berücksichtigen, daß der aus dem obligatorischen Vertrag Beklagte alle aus der

---

[18]) vgl. Endemann Bd. 2 § 18 Anm. 1.

[19]) vgl. auch Förster im Recht 1901 S. 579.

causa entspringenden Einreden und Einwendungen geltend machen kann, daß also ein „Schutzbedürfnis gegen Übereilung" hier im Gegensatz zum abstrakten dinglichen Vertrage nicht vorliegt.[20])

Das Reichsgericht hat sich auch in einer anderen Entscheidung[21]) für die begriffliche Scheidung des obligatorischen vom dinglichen Vertrage ausgesprochen und es als wohl vereinbar angesehen, daß der formlose obligatorische Vertrag klagbar sei, während die noch nicht an die Einigung nach § 873 Abs. 2 gebundenen Beteiligten diese jederzeit frei widerrufen können. Wie hier auch die gemeine Meinung.[22])

Zu bemerken bleibt noch, daß, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch für das obligatorische Geschäft eine Form vorschreibt, diese Form innegehalten werden muß, z. B. §§ 518, 780.[23])

---

[20]) Nach Cohen (S. 793) müßte man sich auch derjenigen Interpretation zuzuwenden haben, die dem wirtschaftlichen Verkehr und der Sicherheit des Rechtsverkehrs am besten Rechnung trägt. Auch von diesem Gesichtspunkte aus ist er mit der obenerwähnten Entscheidung des Reichsgerichts einverstanden.

[21]) Bd. 50 S. 82 f.

[22]) Literatur s. bei Wolff S. 27/28.

[23]) Übereinstimmend Endemann Bd. 2 § 18 Anm. 8; so auch RGE. Bd. 48 S. 135. Gegen das in dieser Entscheidung vom Reichsgericht angenommene Schenkungs- bezw. Schuldversprechen s. Kretzschmar, Einführung in das Grundbuchrecht S. 146; Fuchs a. a. O. S. 747.

c) Klagbarkeit des dinglichen Vertrages.

§ 16.

Der dingliche Vertrag, die Einigung, ist im Verhältnis zum obligatorischen Kausalvertrage das Leistungsgeschäft (oben § 15). Das obligatorische Geschäft stellt für die Kontrahenten eine Verpflichtung auf. A und B schließen einen Kaufvertrag über ein Grundstück. A gibt B als Kaufpreis eine Summe Geldes, während B sich verpflichtet, ihm das Eigentumsrecht am Grundstücke zu verschaffen. Auf Grund dieses obligatorischen Vertrages schließt B mit A den dinglichen Vertrag als Erfüllung seiner im Kaufvertrage übernommenen Verbindlichkeit: er einigt sich mit A über den Eigentumsübergang, und wenn die für den Eigentumsübergang nach § 925 erforderliche Einigung erklärt ist, kann nach § 20 GBO. die Eintragung erfolgen.

In der Wissenschaft besteht Streit über die Frage, ob aus einer bindend gewordenen Einigung auf Vollendung der Rechtsänderung durch die Eintragung geklagt werden kann.

Diese Frage wird von Endemann in eigentümlicher Weise bejaht. Nach ihm[1]) entstehe aus der wirksamen und formgültig abgeschlossenen Einigung eine festgegründete dingliche Rechtslage, die inhaltlich für den Erwerber die dingliche Anwartschaft auf Erlangung

[1]) Bd. 2 § 21 S. 109.

des Rechtes und für den Passivbeteiligten die dingliche Bewirkungspflicht bezüglich der Rechtsänderung auslöse. Diese „dingliche Anwartschaft" oder das „Wartrecht" habe die Wirkung, daß die Beteiligten bei der vereinbarten Rechtsänderung verharren müßten; sie seien gegenwärtig gebunden und verpflichtet, die zur Vollendung der dinglichen Wirkung erforderlichen Vollzughandlungen und Erklärungen vorzunehmen.[2]) Endemann ist weiter der Ansicht,[3]) daß dieser sachenrechtliche Anspruch durch Abtretungsvertrag von dem Erwerber auf einen Dritten übertragen werden könne. Wie Steyert (S. 30) mit Recht bemerkt, wäre es nur eine Konsequenz dieser Annahme, daß der Erwerber zwei denselben Gegenstand betreffende Ansprüche, seinen Anspruch aus dem Kausalgeschäfte und seinen Anspruch aus der bindend gewordenen Einigung, an verschiedene Personen abtreten könne. Vergleiche auch das Beispiel bei Romeick (S. 112 unten), der auf den „grauenhaften Formalismus" hinweist, der sich als Resultat dieser Auffassung ergibt.[4])

Endemanns Ansicht ist von anderen Schriftstellern bedeutend abgeschwächt worden. Auch sie wollen aus einer bindend gewordenen Einigung eine Klage auf Erfüllung geben, aber nur insoweit, als es sich um die

---

[2]) Bd. 2 § 19 S. 88.

[3]) § 21 S. 113.

[4]) „Nicht der Anspruch aus einer Auflassung, sondern nur der Anspruch auf Auflassung ist abtretbar". Turnau-Förster Bd. 1 S. 90.

Beseitigung von Hindernissen handelt, die „lediglich in Ordnungsvorschriften ihren Grund haben".[5])

Das Gesetz könne,[6]) wenn es die Beteiligten an die formgerechte dingliche Einigung in unwiderruflicher Weise gebunden habe, damit nicht beabsichtigen, die Parteien auf einem toten Punkte festzuhalten,[7]) es müsse vielmehr der den Parteien auf Eintragung erwachsene Anspruch verwirklicht werden, denn die durch § 873 Abs. 2 eingeführte Bindung der Beteiligten könne schwerlich eine andere Bedeutung haben, als den Willen der Parteien zur Übertragung bezw. zur Annahme des dinglichen Rechtes zu binden, d. h. zu verpflichten.[8])

Demgegenüber muß an der Ansicht festgehalten werden, daß die Einigung im Verhältnis zum Kausalvertrag das Leistungsgeschäft darstellt, das von diesem begrifflich losgelöst ist. Eine Klage auf Bewirkung der dinglichen Rechtsänderung ist nur auf Grund des Kausal-

---

[5]) Förster in der Zeitschr. d. DNotV. Bd. 2 S. 78; vgl. auch Förster im Recht 1903 S. 55.

[6]) So Fuchs, Grundbuchrecht S. 64 Nr. 28.

[7]) Ähnlich Strecker S. 35 f., da sonst der dingliche Vertrag jeder Wirksamkeit entbehren würde.

[8]) vgl. Oberneck Bd. 1 § 38 S. 330 ff.; ähnlich Fuchs a. a. O.; vgl. hiergegen die Ausführungen in § 11 oben; m. E. hat § 873 Abs. 2 die Bedeutung, daß die Erklärungen der Beteiligten über die Einigung infolge der Erfüllung der Bindungsvorschriften unwiderruflich sind. Es ist m. E. nicht zutreffend, den dinglichen Vertrag mit Elementen des Obligationenrechts zu durchsetzen.

geschäftes möglich.[9]) Insofern ist Endemann entgegenzutreten.

Aber auch der Ansicht jener Schriftsteller ist nicht beizutreten, die aus der bindend gewordenen Einigung eine Klage auf Erfüllung der Förmlichkeiten, von welchen nach den Ordnungsvorschriften der Grundbuchordnung die Eintragung abhängig gemacht werden kann,[10]) gewähren wollen. Das Gesetz bietet für diese Konstruktion keinen Anhalt. Eine Klage kann nur aus einem eine Verpflichtung erzeugenden Geschäfte entstehen. Die Einigung ist aber ein abstraktes Geschäft, das nur die dingliche Rechtsänderung bewirken will.

Vor allem ist Planck[11]) zu folgen, wenn er sagt, die Einigung sei auch in den von den Gegnern angeführten Fällen nicht unwirksam, sondern die Beteiligten müßten bei der einmal getroffenen Vereinbarung stehen bleiben, und die Rechtsänderung gehe vor sich, wenn sie zur Eintragung gelange.

Zu vergleichen ferner Romeick (S. 111), der darauf aufmerksam macht, daß der auf Grund von § 313 Satz 2, ohne Beobachtung der im ersten Satz dieses Paragraphen verlangten Form, geschlossene Kaufalvertrag seinem ganzen Inhalte nach gültig wird, wenn Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Der Nichtigkeit be-

[9]) Ähnlich Kretzschmar im Sächs. Arch. S. 166, Grundbuchrecht Bd. 1 S. 70.

[10]) vgl. Förster im Recht 1903 S. 55.

[11]) Anm. III, 4 S. 88 zu § 873.

dingende Mangel der Form werde nicht geheilt durch die Auflassung allein, und hierin komme zum Ausdruck, daß eine Klage sich nicht auf das abstrakte Versprechen der Auflassung stützen dürfe, sondern auf dem obligatorischen Verhältnis aufgebaut sein müsse.

Gegen die Klage aus einer Einigung noch zu vergleichen Bruck (S. 10), Stöver (S. 193), Crome,[12]) Kretzschmar.[13])

D. Personen des dinglichen Vertrages.

§ 17.

Oben (§ 10) sahen wir, daß eine Einigung begrifflich stets zwei Personen voraussetzt, die einander als Kontrahenten gegenüberstehen. Es ist nunmehr zu untersuchen, wer einen dinglichen Vertrag abschließen kann.

§ 873 spricht von dem „Berechtigten" und dem „anderen Teile", der den Eigentumsübergang an Grundstücken regelnde § 925 nennt diese Personen den „Veräußerer" und „Erwerber"[1]) und § 929 „Eigentümer" und „Erwerber".

Der Satz des römischen Rechtes nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet gilt auch für das

---

[12]) § 364 S. 11 Anm. 13.

[13]) Sächs. Arch. S. 166 f. und Grundbuchrecht Bd. 1 S. 170.

[1]) Bei der Belastung eines Grundstückes mit einem dinglichen Rechte nennt das BGB. den Erwerber „denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt".

Bürgerliche Gesetzbuch im allgemeinen, doch finden sich wichtige Ausnahmen im Gesetze, die ihren Grund vor allem in dem Grundsatze des öffentlichen Glaubens des Grundbuches haben. So kann nach § 892 auch vom (materiellen) Nichteigentümer ein Recht am Grundstücke oder an einem Recht an diesem erworben werden, wenn nicht ein Widerspruch gegen die Unrichtigkeit eingetragen ist oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Nach Abs. 2 desselben Paragraphen ist für die Kenntnis des Erwerbers die Zeit der Stellung des Antrages auf Eintragung oder, falls die Einigung erst nach der Eintragung zustande kommt, die Zeit der Einigung maßgebend.

In ähnlicher Weise ist für bewegliche Sachen im Interesse der Bedürfnisse des Verkehrs [2]) von der Forderung Abstand genommen, daß nur der wahre Eigentümer veräußern dürfe. Auch vom Nichteigentümer kann Eigentum erworben werden, aber nur unter den Voraussetzungen, daß der Erwerber zur Zeit des Eigentumserwerbs im guten Glauben ist, und daß die Sache dem wahren Eigentümer nicht gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist (vgl. § 935).[3])

Abgesehen von diesen Fällen kann als Rechtsbegründer nur der Eigentümer in Betracht kommen, aber dieser auch nur unter gewissen Voraussetzungen. Im allgemeinen wird man als Regel den Satz aufstellen

[2]) Planck S. 229 zu §§ 932—935.

[3]) Hier wieder eine Ausnahme; vgl. § 935 Abs. 2.

können, daß nur der verfügungsfähige Eigentümer eine dingliche Rechtsänderung vornehmen kann. Eine Verfügungsbeschränkung tritt nach § 93 StGB. im Fall der Beschlagnahme des Vermögens ein, das der Angeschuldigte besitzt. Sie wirkt, wie Bruck (S. 32) richtig hervorhebt, auch ohne Eintragung gegen jeden. Anders die Verfügungsbeschränkung auf Grund der Beschlagnahme des § 7 KO., die zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Grundbuch bedarf.[4])

Weiter erhebt sich die Frage, wann der Veräußerer verfügungsfähig sein muß. Nach § 40 GBO. soll[5]) eine Eintragung nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist. Aus dieser Bestimmung folgt, daß auch ein nicht als Berechtigter im Grundbuche Eingetragener sich über eine dingliche Rechtsänderung in wirksamer Weise einigen kann. Es ist somit zur Gültigkeit einer Auflassung nicht erforderlich, daß der Veräußerer zur Zeit der Auflassung als Eigentümer im Grundbuche eingetragen ist.[6]) Wirksam wird eine solche Auflassung des Nichteigentümers, wenn nach § 185 der Eigentümer sie genehmigt, oder wenn der Verfügende das Grundstück erwirbt, z. B. der Verfügende erklärt bei Gelegenheit der an ihn erfolgten Auflassung die Auflassung

---

[4]) Näheres s. bei Bruck S. 32.

[5]) Ordnungsvorschrift.

[6]) So Biermann Anm. 1 g zu § 925 S. 120.

an den Erwerber.[7]) Dasselbe gilt bei Verfügungen eines zugunsten bestimmter Personen in seiner Verfügungsfreiheit beschränkten Eigentümers, sofern diese Personen der Verfügung zustimmen.[8])

Aus diesen Ausführungen folgt, daß das Gesetz es als genügend ansieht, wenn der Verfügende in dem Augenblick, in dem er bei dem Grundbuchamte den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung stellt, das Eigentum erlangt. Und umgekehrt muß man sagen, daß, wenn eine Verfügungsbeschränkung, die zur Zeit der Einigung bestanden hatte und diese unwirksam machte, zur Zeit des Antrages auf Eintragung weggefallen ist, damit die Einigung wirksam wird.[9])

Ausdrücklich geregelt ist in § 878 BGB. der Fall, daß der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt ist; eine solche Erklärung wird nicht unwirksam. Wie Planck[10]) ausführt, ist der Zweck dieser Vorschrift darin zu erblicken, daß nach Stellung des Eintragungsantrages auf Grund der bindend gewordenen Einigung jede weitere Tätigkeit den Beteiligten entzogen, und daß in dem (oft längeren) Zeitraume zwischen Stellung des

---

[7]) vgl. Biermann a. a. O.; vgl. aber die Ausführungen im folgenden Paragraphen.

[8]) vgl. Cosack Bd. 2 § 177 S. 25 (1. Aufl.).

[9]) s. Bruck S. 33.

[10]) Anm. 1 zu § 878.

Antrages auf Eintragung und der Eintragung sich Tatsachen ereignen können, durch die dem Berechtigten die Verfügung entzogen wird, z. B. die Konkurseröffnung. Vgl. das von Bruck (S. 34) angeführte Beispiel.

Anders geartet ist der Fall, daß der Rechtsbegründer das Eigentum oder die Verfügungsfreiheit nach der Einigung, aber vor dem Antrag auf Eintragung verliert. In diesem Falle wird der dingliche Vertrag wirkungslos; ebenso wenn der Berechtigte das Eigentum nach Stellung des Antrages auf Eintragung, aber vor der Eintragung verliert. Doch wird dieser Fall praktisch ziemlich selten vorkommen, da § 17 GBO. die Vorschrift enthält, daß die später beantragte Eintragung nicht vor der Erledigung des früher gestellten Antrages erfolgen darf, wenn mehrere Eintragungen beantragt werden, durch die dasselbe Recht betroffen wird.[11]) Im Zusammenhange mit dieser Vorschrift steht die Ordnungsvorschrift des § 13 GBO., nach welcher der Zeitpunkt, in welchem ein Antrag bei dem Grundbuchamte eingeht, auf dem Antrage genau bemerkt werden soll.

Einfacher gestaltet sich die Erörterung über die Person des Erwerbers.[12]) Auch für den dinglichen Vertrag ist es nicht möglich, die Vorschriften über Verträge zugunsten Dritter anzuwenden. Nach § 328 kann durch Vertrag

---

[11]) Dem Geschädigten steht ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat oder die Körperschaft zu, in deren Dienste der Beamte steht (§ 12 GBO.).

[12]) Zu vergleichen oben § 9 S. 42.

eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. Das ist infolge des eigenartigen juristischen Verhältnisses bei der Einigung nicht möglich, da sie keinen obligatorischen Charakter hat, mithin aus ihr niemals die (obligatorische) Verpflichtung zu einer Leistung, d. h. gemäß § 241 BGB. zu einem Tun oder Unterlassen, hergeleitet werden kann.[13]) Eine Einigung zugunsten Dritter ist auch nicht vereinbar — wie Bruck (S. 31) richtig hervorhebt — mit dem das Bürgerliche Gesetzbuch beherrschenden Grundsatze des materiellen Konsensprinzipes, nach dem die Eintragung nicht schon für sich allein die Rechtsänderung begründet, sondern nur unter der Voraussetzung der Einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung.

E. Anwendung der Vorschriften des allgemeinen Teiles auf den dinglichen Vertrag.

§ 18.

Wie wir oben in § 10 gesehen haben, ist die Einigung über eine dingliche Rechtsänderung als Vertrag im Sinne des allgemeinen Teiles des Bürgerlichen Gesetzbuches juristisch zu konstruieren. Man wird demgemäß den

[13]) vgl. Hellwig S. 53 f. (s. oben § 9 Anm. 20); Cosack Bd. 2 S. 23; Bruck S. 31.

Satz aufstellen können, daß die den vier besonderen Büchern des Gesetzes im allgemeinen Teile vorangestellten Vorschriften wie auf jeden anderen Vertrag, so auch auf die Einigung, den dinglichen Vertrag, im Prinzip anzuwenden sind, freilich mit gewissen Einschränkungen, die sich aus der besonderen Natur der Einigung juristisch ergeben müssen. In Betracht können, da die Einigung ein Vertrag ist, nur die Vorschriften des 3. Abschn. über Rechtsgeschäfte kommen.

Zunächst wäre vom Einfluß der Geschäftsfähigkeit auf den Bestand des dinglichen Vertrages zu handeln.

Nach § 105 ist die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen nichtig, folglich, da wir es bei der Einigung mit Willenserklärungen zu tun haben, auch eine solche in Beziehung auf den dinglichen Vertrag. Hieraus folgt andererseits, daß es auf die Wirksamkeit der Einigung ohne Einfluß ist, wenn der Verlust der Geschäftsfähigkeit zwischen Einigung und Eintragung eintritt, z. B. durch Geisteskrankheit. Ebenso bleibt die Einigung ungültig, wenn der Mangel der Geschäftsfähigkeit *nach* der Einigung, aber *vor* der Eintragung fortfällt.[1])

Ein Minderjähriger bedarf, abgesehen von einzelnen Ausnahmen (§§ 107, 110, 112),[2]) zu einer Willenserklärung über eine dingliche Rechtsänderung der Einwilligung

---

[1]) Ebenso Bruck S. 53.

[2]) Kasuistik s. bei Bruck S. 53 f.

bez. Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters.[3]) Ebenso die einem Minderjährigen, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, nach § 114 gleich Gestellten.

Als nächster Punkt der Untersuchung kommt die Anwendung der Vorschriften des 2. Tit. des 3. Abschn. in Betracht. Bei der Erörterung über die Anwendung dieser Vorschriften ist vor allem zu berücksichtigen, daß zur Vollendung einer dinglichen Rechtsänderung neben der Einigung noch ein weiteres Moment, die Eintragung bezw. Übergabe, hinzukommen muß. Die rechtliche Wirkung äußert die Einigung nach Hinzutritt des vom Gesetze geforderten Tatumstandes der Eintragung bezw. Übergabe. Aus diesem Satze folgt, daß Tatsachen, die geeignet sind, die Erklärungen über die Einigung unwirksam zu machen, z. B. Irrtum über den Inhalt einer Erklärung, erst nach Vollendung der dinglichen Rechtsänderung durch Eintragung bezw. Übergabe für die Beteiligten von Bedeutung werden können. Wie Bruck (S. 55) hervorhebt, habe es keinen Sinn, wenn A seine von B durch Drohung erwirkte Einigungserklärung anfechten wollte, bevor es zu einer Eintragung gekommen sei, da A durch eine bloße Einigungserklärung keinen Schaden erleiden könne, denn auf Grund der Einigung könne B nicht auf Vollendung der dinglichen Rechtsänderung klagen. Werde aber B als dinglich Berechtigter eingetragen, dann könne A binnen einer Frist von einem

[3]) Zu vergleichen die Bestimmungen in § 1821 Ziff. 1 u. 4 in Verb. mit § 1643.

Jahre (§ 124) seine Einigungserklärung anfechten. „Ist die Einigung nichtig oder anfechtbar, so ist es auch die Eintragung."[4])

Ebenso ist es auch nicht möglich, das negative Vertragsinteresse nach § 122 geltend zu machen.[5])

Anders liegt es, wenn die Einigung der Eintragung nachfolgt. Hier kann der Anfechtungsberechtigte sofort von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen.[6])

Anwendung finden die Vorschriften der §§ 116—118 über Mentalreservationen, über Erklärungen, die zum Schein einem anderen gegenüber abgegeben sind,[7]) über nicht ernstlich gemeinte Willenserklärungen. Ebenso die Vorschriften des § 119 über Irrtum. Zu vergleichen ist § 144, nach dem die Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft vom Anfechtungsberechtigten bestätigt wird. Eine solche Bestätigung bedarf nach § 144 Abs. 2 nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form. Dies ist auf dem Gebiete des dinglichen Vertrages für die Auflassung von Bedeutung. Wird statt des Grundstücks a irrtümlicher Weise das Grundstück b aufgelassen, so braucht die Bestätigung des Anfechtungsberechtigten nicht in der Form des § 925 BGB. zu erfolgen.

---

[4]) Biermann Bd. 3 Anm. 1 zu § 873 S. 46.

[5]) Näheres zu vergleichen bei Bruck S. 56.

[6]) s. oben S. 71.

[7]) Hier Durchkreuzung der Vorschriften über den Schutz des guten Glaubens Dritter und des öffentlichen Glaubens des Grundbuches. S. das Beispiel bei Bruck S. 57.

Anfechten kann auch der eine Einigungserklärung, der zur Abgabe dieser Erklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt ist (§ 123). Es kann hier oft zweifelhaft sein, in welchem Stadium des gesamten Vorganges, des Kausalvertrages und des dinglichen Vertrages, diese Betrugshandlung verübt ist, da beide Verträge, der obligatorische und der dingliche, namentlich bei der Rechtsänderung an beweglichen Sachen, häufig derart miteinander verschmolzen sind, daß schwer zu erkennen ist, in welchem Stadium des Geschäftes die Betrugshandlung verübt worden ist. Hier dürfte Bruck (S. 63) zuzustimmen sein, der es für „billiger" erklärt, auch die Einigung anzufechten.[8])

Anwendung finden weiterhin die Vorschriften, die § 125 über die Form der Rechtsgeschäfte enthält; zu vergleichen namentlich Satz 2 dieses Paragraphen, durch den die gewöhnlich[9]) formlose Einigung von den Parteien formalisiert werden kann. Ferner sind anzuwenden die §§ 126—133.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann beim dinglichen Vertrage nicht vorkommen; § 138 ist nicht anwendbar.[10])

Unanwendbar ist ferner § 139.[11])

---

[8]) vgl. auch oben § 14 S. 103.

[9]) Ausnahme § 925.

[10]) Näheres oben § 14 S. 105.

[11]) vgl. ebenfalls oben § 14 Anm. 18.

Ist der dingliche Vertrag unwirksam, so ist der materiell Berechtigte Eigentümer geblieben, er hat nach § 894 den Berichtigungsanspruch und kann nach § 898 einen Widerspruch eintragen lassen; die erforderlichen Willenserklärungen werden nötigenfalls nach § 894 ZPO. vollstreckt. Daß er Eigentümer geblieben ist, zeigt sich im Konkurse; ihm steht ein Aussonderungsrecht zu. Anders, wenn es sich um die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des obligatorischen Vertrages handelt. Hier geht das Eigentum über, d. h. der Geschädigte hat nur die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus §§ 812 ff. Diesen Anspruch kann er durch eine Vormerkung dinglich sichern lassen gemäß § 883. Auch ist er im Konkurse nur einfacher Konkursgläubiger.[12])

Nunmehr ist die Anwendung der Vorschriften des allgemeinen Teils über Verträge zu untersuchen (§§ 145 ff.).

Auch hier ist allgemein zu sagen, daß diese Vorschriften Anwendung auf den dinglichen Vertrag finden, wenn sich nicht aus der Eigenart des sachenrechtlichen Instituts ein anderes ergibt.

§ 145 enthält die Bestimmungen über die Bindung an den Vertragsantrag. Die Vorschrift dieses Paragraphen ist auf den dinglichen Vertrag des Immobiliarsachenrechts nicht anzuwenden wegen der besonderen

---

[12]) So Biermann Anm. 1 zu § 873 S. 46; Bruck S. 65 ff.; vgl. auch Planck Anm. III, 5 zu § 873 S. 89.

Bestimmung des § 873 Abs. 2.[13]) Anders, wenn die Einigung der Eintragung nachfolgt. In diesem Falle ist § 145 ohne weiteres anzuwenden.

Ebenso ist § 145 für die Rechtsänderung an beweglichen Sachen anwendbar. Als Hauptbeispiel kommt der Fall der sogen. Traditionsofferte in Betracht. Hier gilt auch die Bestimmung des § 151 über die stillschweigende Annahme des Vertragsantrages, wenn eine ausdrückliche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.[14])

Auch die Bestimmungen über Bedingung und Zeitbestimmung sind im allgemeinen auf den dinglichen Vertrag für anwendbar zu erklären, allerdings mit der Ausnahme, daß die Auflassung stets unbedingt und unbefristet zustande kommen muß. Auch hier ist aber streng das obligatorische Kausalgeschäft vom dinglichen Vertrage zu unterscheiden. Jenes kann, auch bei Geschäften über Grundstücke, stets bedingt oder befristet abgeschlossen werden, während die Einigung unbedingt oder unbefristet sein muß.[15])

Daß die Vorschriften des fünften Titels über Vertretung und Vollmacht auf den dinglichen Vertrag An-

---

[13]) A. M. Oertmann (S. 456), der die verbindliche Kraft des Vertragsantrages auch gegenüber den Angeboten zu einer sachenrechtlichen Einigung Platz greifen lassen will.

[14]) vgl. im übrigen Bruck S. 69 ff.

[15]) z. B. Kauf eines Grundstücks auf 99 Jahre. Näheres bei Bruck S. 71 ff.

wendung finden, ist, was die Person des Veräußerers anlangt, insoweit unbestritten, als es sich um Willenserklärungen handelt, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen, d. h. als direkter Stellvertreter, abgibt. Lebhafter Streit ist indessen über die Anwendung des § 177 auf die Einigung entstanden. § 177 handelt von der Vertretung ohne Vertretungsmacht. Gegen die Anwendung dieses Paragraphen hat sich Eccius[16]) erklärt, weil nach seiner Ansicht die Vorschrift des § 177 nur auf obligatorische, nicht auf dingliche Verträge anzuwenden sei. Er geht bei seinen Ausführungen von einer Entscheidung des Kammergerichts aus, das in dem Fall, in dem ein Vertreter ohne Vertretungsmacht bei gleichzeitiger Anwesenheit des Erwerbers die Auflassung erklärt hatte und der Vertretene die Auflassung nachträglich genehmigt hatte, die Eintragung des Eigentumsüberganges angeordnet hatte. Diese Entscheidung ist nach Eccius' Ansicht nicht richtig. Bei der Auflassung sei die Bindung bei gleichzeitiger formeller Abgabe der Erklärungen durch die Beteiligten oder berechtigten Vertreter vorhanden. Diesem Satze muß durchaus zugestimmt werden.[17]) Diese Auflassung müsse auch vom Grundbuchrichter als bedingt wirksam berücksichtigt werden. Der Grundbuchrichter werde, wenn er auf die Auflassung des nicht legitimierten,

---

[16]) DJZ. 1902 S. 61.

[17]) s. auch Förster im Recht 1902 S. 142.

angeblich berechtigten Vertreters die Beibringung der Legitimation binnen 14 Tagen gefordert habe, dem inzwischen eingereichten, gegen den Veräußerer formell begründeten Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek zwar Folge geben müssen, aber zugleich werde er einen Widerspruch nach § 18 Abs. 2 GBO. vermerken, und dieser Widerspruch könne die inzwischen eingetragene Hypothek beseitigen, wenn auf Grund der Auflassung die Eintragung des Eigentumsüberganges erfolge. Eccius wirft weiter die Frage auf, wie für den Fall zu entscheiden sei, wenn dem Grundbuchamt, nachdem von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht die Auflassung erklärt ist, eine Verfügung des Eigentümers oder eine gegen ihn wirksame Verfügung präsentiert werde. Für diesen Fall sei § 18 Abs. 2 nicht anwendbar, vielmehr müsse dem Antrag auf Eintragung stattgegeben werden; auch könne die Wirksamkeit dieser Eintragung nicht durch eine später erfolgte oder später vorgelegte Genehmigung der Auflassung in Frage gestellt werden. Eccius fährt dann weiter fort: die Verfügung des nichtberechtigten Vertreters sei zur Zeit der Begründung des dinglichen Rechts des anderen die Verfügung eines Nichtberechtigten gewesen. Die nachmalige Genehmigung eines Berechtigten, wenn sie überhaupt wirksam gewesen sei, habe nach § 185 Abs. 2 das inzwischen begründete dingliche Recht in seinem Bestande nicht berühren können, sie wirke rechtlich erst ex nunc. Wie Förster[18])

[18]) a. a. O. S. 142.

hervorhebt, hat Eccius den von ihm konstruierten Rechtsfall richtig entschieden, nur dürfte die Begründung seiner Entscheidung nicht zutreffend sein. Nach Förster ist nicht § 185 Abs. 2 auf diesen Fall anzuwenden, sondern § 184 Abs. 2.[19]) Nach § 184 Abs. 2 werden durch die Rückwirkung der Genehmigung Verfügungen nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen werden. Aus dieser Vorschrift folgt, daß eine Genehmigung die vorher getroffene Verfügung des Vertretenen gar nicht berührt, daß sie auf die inzwischen getroffene Verfügung, wie Förster (a. a. O.) sagt, weder ex nunc noch ex tunc wirkt. Auch ist der Tatbestand des § 185 wesentlich anders als der des § 177. § 177 handelt von dem Falle der Vertretung ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen, während § 185 nur von der Verfügung eines Nichtberechtigten spricht.[20])

Zur Bestätigung seiner Ansicht zieht Eccius[21]) auch den § 179 heran, nach dem der Vertreter ohne Vertretungsmacht dem anderen Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz bei Verweigerung der Genehmigung verpflichtet ist. Durch einen dinglichen Vertrag kann, wie öfter hervorgehoben, kein Anspruch auf

---

[19]) Daß bei Eccius es sich nicht um einen bloßen Druckfehler handeln kann, zeigt Förster a. a. O.; vgl. auch Eccius bei Gruchot Bd. 47 S. 63 ff.

[20]) vgl. auch Förster a. a. O.; s. auch Oertmann S. 559.

[21]) Bei Gruchot Bd. 47 S. 63 ff.

Erfüllung begründet werden, denn ein dinglicher Vertrag enthält das Leistungsgeschäft im Gegensatz zum kausalen Verpflichtungsgeschäft. Zur Erfüllung kann der Vertreter ohne Vertretungsmacht bei Verweigerung der Genehmigung nicht verpflichtet sein, wohl aber zum Schadensersatze. Ein solcher Anspruch auf Schadensersatz ist bei dem dinglichen Vertrage sehr wohl denkbar.[22]) Eccius geht bei allen seinen Ausführungen von der Voraussetzung aus, daß die Einigung keinen Vertrag darstelle. Wie wir oben § 10 sahen, ist u. a. auch Bruck dieser Ansicht, und dennoch sagt er (S. 52), da die Einigung sich aus zwei miteinander korrespondierenden Willenserklärungen zusammensetze und rechtsgeschäftlichen Charakters sei, daß es keinem Bedenken unterliege, die allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte prinzipiell für anwendbar zu erklären, so auch die Vorschriften über Vertretung, Vollmacht, Einwilligung und Genehmigung.[23])

Auch die Anwendung des § 185 auf die Auflassung hält Eccius[24]) nicht für richtig. Die Genehmigung, meint Eccius, wirke nach § 185 nur ex nunc, nicht aber ex tunc, und damit entfalle das Erfordernis der Gleichzeitigkeit der Bindung der Auflassungserklärungen. Dieser Grund ist wegen der Vorschrift des

---

[22]) vgl. Planck Bd. 1 Anm. 2 zu § 177 S. 307; ebenso Oertmann Anm. 6 zu § 177 S. 544.

[23]) s. Bruck S. 74; vgl. auch Endemann Bd. 2 § 20 Anm. 3.

[24]) DJZ. 1902 S. 62.

§ 184 Abs. 1, wie Förster[25]) ausführt, nicht durchschlagend. § 184 Abs. 1 spricht von der Rückwirkung der Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts, und nach § 185 Abs. 2 wird eine Verfügung wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Ein Widerspruch zwischen beiden Bestimmungen kann nicht gefunden werden. Damit dürfte der von Eccius gemachte Einwand gegen die Anwendung dieses Paragraphen auf die Auflassung hinfällig werden.[26])

Sonst ist auch Eccius mit der Anwendung des § 185 einverstanden.[27])

Zum Schluß noch einige Bemerkungen über die Vertretung des Erwerbers.

Einfach liegen die Fälle der Stellvertretung bei der Einigung über die Rechtsänderung eines Immobiliarrechts. Hier werden die Vorschriften über Stellvertretung des Erwerbers ohne weiteres Anwendung finden dürfen.[28])

Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach der Anwendung jener Vorschriften bei der Rechtsänderung an beweglichen Sachen. Daß eine Stellvertretung bei dem Erwerbe eines dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache zulässig sein muß, ist eine Forderung

---

[25]) Im Recht 1902 S. 116.

[26]) vgl. auch Fischer-Henle Anm. 4 zu § 185. Gegen Eccius auch Oberneck, Zeitschr. d. DNotV. Bd. 2 S. 167 f., 171.

[27]) vgl. seine Ausführungen bei Gruchot Bd. 47 S. 61 ff.

[28]) vgl. auch Hellwig S. 53.

des Verkehrslebens.[29]) Schwierigkeit bietet indessen die juristische Konstruktion.

Zunächst soll kurz die Frage der Vertretung bei der Einigung gestreift werden.[30]) Da diese ein Rechtsgeschäft ist, so sind prinzipiell die Vorschriften des allgemeinen Teiles über Stellvertretung auf sie für anwendbar zu erklären. Es muß für genügend erachtet werden, wenn der Vertreter im Namen des Vertretenen die Einigungserklärung abgibt. Hierbei ist es gleichgültig, ob er die Erklärung ausdrücklich abgibt, oder ob sich dies aus den Umständen, insbesondere aus dem, dem dinglichen Übereignungsgeschäft zugrunde liegenden, obligatorischen Vertrage ergibt.[31]) Schwierigkeiten entstehen nicht, besonders dann nicht, wenn der Vertretene den unmittelbaren Besitz erwirbt. Erwirbt der Vertretene lediglich den mittelbaren Besitz, so muß der Vertreter erkennbar für ihn handeln.[32])

Anders, wenn es sich um einen sogen. Besitzdiener handelt. Nach § 855 ist nur der andere Besitzer, wenn jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt usw. ausübt und den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen auf Grund dieses Verhältnisses Folge zu leisten hat. Aus

---

[29]) Ähnlich Planck Bd. 3 Anm. 6 zu § 929 S. 224.

[30]) Eine eingehende Behandlung würde erheblich über den Rahmen der Arbeit hinausgehen.

[31]) So auch Biermann Anm. 3 zu § 929 S. 136.

[32]) Biermann Anm. 6 zu § 868 S. 37.

dieser Vorschrift folgt, daß, wenn ein Besitzdiener die tatsächliche Gewalt über eine Sache erlangt, er den Besitz immer für den dominus erwirbt, auch wenn er nicht in dessen Namen handelt. Streit besteht hinsichtlich der Einigung. Wenn ein Besitzdiener, der nicht erkennbar im Namen des dominus handelt, sich einigt über den Übergang des Eigentums, so fragt es sich, ob er mit dem Besitz, den er zweifellos für den Besitzherrn erwirbt, auch zu gleicher Zeit das Eigentum für diesen erwirbt. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit und um „unüberwindlichen Schwierigkeiten" aus dem Wege zu gehen,[33]) haben mehrere Schriftsteller sich für diese Auffassung entschieden,[34]) die durch die Erwägung gestützt wird, daß es regelmäßig dem Veräußerer gleichgültig sein wird, wer das Eigentum erwirbt. Für Endemann[35]) erscheint die Beantwortung der Frage nach einer traditio in incertam personam unbedenklich, sofern der Veräußerer ausdrücklich erklärt habe, das Eigentum auf den zu übertragen, den es angehe. Und dieser Wille müsse nach den Verkehrsanschauungen bei den zahlreichen Handverkäufen gegen Barzahlung anzunehmen sein.[36])

---

[33]) Biermann Anm. 3 zu § 929 S. 136.

[34]) vgl. die bei Biermann a. a. O. Zitierten.

[35]) Bd. 1 § 160a Anm. 31.

[36]) übereinstimmend Oertmann S. 511. Näheres hier zu vgl. für den Fall, daß der Tradent Interesse an einem bestimmten Empfänger hat.

Anderer Ansicht ist Planck.[37]) Nach seiner Meinung findet auf die für den Eigentumserwerb neben der Übergabe erforderlichen Einigung der Abs. 2 des § 164 Anwendung, den er dahin auslegt, daß das Rechtsgeschäft in jeder Beziehung als ein von dem Vertreter im eigenen Namen vorgenommenes behandelt, daß allein der Vertreter dadurch berechtigt und verpflichtet werde und daß der andere Teil sich nur an ihn halten könne. Nach ihm erwirbt, wenn der Wille, im Namen des Vertretenen Eigentum zu erwerben, nicht erklärt ist oder aus den Umständen nicht erhellt, nach § 164 Abs. 2 derjenige das Eigentum, der die Einigung abgeschlossen hat. Es sei hier möglich, meint Planck, daß die Erklärung, das Eigentum zu übertragen, in der Art an den Gegenüberstehenden erklärt werde, daß dieser, je nachdem er als Vertreter für einen anderen oder im eigenen Namen handle, das Eigentum für den anderen oder für sich erwerben solle. Auch hier brauche die Absicht, solche Erklärungen abzugeben, nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, könne vielmehr aus den Umständen hervorgehen. M. E. ist mit dieser Entscheidung die Frage in zufriedenstellender Weise nicht gelöst. Für den Besitzdiener soll nach § 164 Abs. 2 die Erklärung über die Einigung als im eigenen Namen abgeschlossen betrachtet werden. Zugleich aber erwirbt er nach § 855 den Besitz unmittelbar für seinen dominus. Vgl. auch die bei Planck

[37]) Bd. 1 Anm. 2 zu § 164.

(a. a. O.) angeführten Beispiele. Die einfachste und dem praktischen Bedürfnis am meisten entsprechende Lösung dürfte die vorher erwähnte sein.

Vertretung ist schließlich möglich bei der Übergabe. Schließt jemand einen dinglichen Vertrag als Vertreter im Namen eines anderen, so ist dieser Vertrag für den Vertreter geschlossen. Es fragt sich aber, ob es eine Vertretung in der Übergabe gibt und wie diese zu konstruieren sei, ob der Vertretene allein schon durch Erlangung des mittelbaren Besitzes, wenn die Übergabe an den Vertreter erfolgt ist, Eigentum erworben hat.

Leonhard (S. 84 ff.) hat dieses Verhältnis in eigenartiger Weise juristisch zu konstruieren versucht. Er gründet den Erwerb des Vertretenen auf § 931. Der Vertretene erwirbt nach seiner Meinung nicht das Eigentum ohne weiteres, da er nicht den unmittelbaren Besitz habe, vielmehr bleibe dieses beim Veräußerer. Nach § 931 kann aber die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt, wenn ein Dritter im Besitze der Sache ist. Dadurch, daß der Veräußerer die Sache an einen Vertreter gebe, wolle er, daß der Dritte von diesem die Sache soll fordern können.[38])

Leonhard (a. a. O.) gibt selbst zu, daß seine Konstruktion etwas künstlich erscheint. Ihr wird in der

---

[38]) Leonhard S. 85.

Literatur auch lebhaft widersprochen.[39]) Planck macht Leonhard gegenüber vor allem geltend, daß, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer ist, der Erwerber, da der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer der Sache ist, erst dann Eigentümer wird, wenn er den Besitz der Sache von dem Dritten, d. h. dem Vertreter, erlangt und zu dieser Zeit in gutem Glauben ist (§ 934). Diese Vorschrift will Leonhard (S. 87) nicht angewendet wissen, da sie zu einer unbilligen Benachteiligung des Erwerbes durch Vertreter führen müsse. Vielmehr müsse der Schutz des Erwerbs auf Grund des guten Glaubens schon mit der Abtretung des Anspruchs eintreten, da der Veräußerer den Besitz im Veräußerungsgeschäfte unmittelbar übertrage.

Den letzteren Gedanken führt Planck (a. a. O.) weiter aus. Nach seiner Meinung sei in diesen Fällen nicht § 931 anzuwenden, sondern es liege Übergabe nach § 929 vor. Zum Begriffe der Übergabe gehöre es, daß der Veräußerer den unmittelbaren Besitz in solcher Art aufgebe, daß der Erwerber den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz erhalte. Hierin sei der Unterschied von den Fällen der §§ 930, 931 enthalten. Denn in diesen Paragraphen trete der Besitzwechsel nicht äußerlich zutage.[40]) Daher erwerbe der Vertretene in diesen Fällen der Be-

---

[39]) vgl. Planck Bd. 3 Anm. 6 zu § 929 und die dort zitierten Schriftsteller.

[40]) So Biermann Anm. 3 zu § 929 S. 136.

sitzeinräumung an den Vertreter das Eigentum nach § 929, wenn er dadurch mittelbarer Besitzer werde.

Die durch die Konstruktion Leonhards entstehenden Schwierigkeiten werden so in geschickter Weise von Planck umgangen.[41])

---

[41]) Wie Leonhard auch Bruck S. 74f. Gegen Leonhard vgl. auch Biermann a. a. O.

Vierter Abschnitt.

Schlußbemerkungen.

A. Anwendungsgebiet des dinglichen Vertrages.

§ 19.

Zur Änderung eines Immobiliarrechts bedarf es nach § 873 Abs. 1 der Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Es seien hier kurz die Fälle erwähnt, in denen es eines dinglichen Vertrages nicht bedarf, um eine wirksame Rechtsänderung zu bewirken.[1])

I. Einer Einigung und Eintragung bedarf es nicht in folgenden Fällen:

a) Im Familienrecht in den Fällen der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1431), der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1483), der Errungenschaftsgemeinschaft (§ 1519) und der Fahrnisgemeinschaft (§ 1549).

b) Im Erbrecht bei der Universalsukzession (§ 1922).

c) Im Falle der Auflösung eines Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit fällt das Vermögen an die in der Satzung bestimmten Personen (§ 45). Ebenso beim Erlöschen einer Stiftung (§ 88).

[1]) Eine ausführliche Darstellung s. bei Bruck S. 40 ff.

d) In den Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen oder in denen dem Rechtsgeschäft ein Endtermin beigefügt ist, tritt mit dem Eintritte der Bedingung oder des Endtermins der frühere Rechtszustand wieder ein (§§ 158, 163).

e) Im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft. Sein Anteil wächst den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738, vgl. auch § 142 Abs. 2 HGB.).

f) Im Falle der Zwangsversteigerung eines Grundstückes wird der Ersteher durch den Zuschlag Eigentümer des Grundstückes (§ 90 ZwVG.).

g) In Fällen der §§ 914, 917 (Rente bei Überbau und Notweg).

h) In den Fällen des Nießbrauches und des Pfandrechtes an einer Forderung. Hier erwirbt mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher dieser den Nießbrauch an dem Gegenstande (§ 1075); ähnlich beim Pfandrechte an einer Forderung; auch hier erwirbt mit der Leistung des Schuldners der Pfandgläubiger ohne weiteres ein Pfandrecht an dem Gegenstande. Besteht die Leistung in der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, so erwirbt der Pfandgläubiger eine Sicherungshypothek (§ 1287).

i) In den Fällen der cessio legis im Hypothekenrecht: vgl. § 1143 in Verb. mit § 1153, ebenso § 1164. Ferner erwirbt der Eigentümer die Hypothek, wenn die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, erlischt (§ 1163), oder wenn der Gläubiger auf die

Hypothek verzichtet (§ 1168), oder bei Erlassung des Ausschlußurteils gegen einen unbekannten Gläubiger (§ 1170). Ähnlich der Fall des § 1182 (ebenso § 1192). Vgl. ferner die §§ 1171—1177 u. § 1200.

k) Einige Fälle der Zivilprozeßordnung bei Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek bestellt ist, und bei Überweisung einer gepfändeten Forderung, für die eine Hypothek bestellt ist, ausgenommen, wenn die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist (§§ 830, 837 ZPO.). Ebenso bei der Zwangsvollstreckung in eine Reallast, Grundschuld oder Rentenschuld (§ 857 Abs. 6 ZPO.).

l) Vergleiche ferner die Bestimmung des EG. z. BGB. Art. 109, wonach die landesgesetzlichen Vorschriften über die im öffentlichen Interesse erfolgende Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigentums und Einziehung oder Beschränkung von Rechten unberührt bleiben.[2])

II. In Betracht kommen weiter die Fälle, in denen zu einer Rechtsänderung eine Einigung nicht notwendig ist:

a) Im Falle der sogen. Tabularersitzung, d. h. wer im Grundbuche als Eigentümer während der Dauer von 30 Jahren eingetragen ist und während dieser Zeit das Grundstück im Eigenbesitz gehabt hat, ohne das Eigentum erlangt zu haben, erwirbt das Eigentum (§ 930). Ebenso erlangt derjenige, der ein Ausschlußurteil gegen den Eigen-

---

[2]) vgl. z. B. das preuß. Enteignungsgesetz von. 1874 §§ 1, 2.

tümer eines Grundstücks erwirkt hat, das Eigentum dadurch, daß er sich als Eigentümer eintragen läßt, vorausgesetzt, daß das Grundstück seit 30 Jahren im Eigenbesitze eines anderen ist (§ 927). Hierher gehört auch der Fall der Ersitzung beweglicher Sachen (§ 937).

b) Durch Eintragung erwirbt der Fiskus das Eigentum an einem Grundstücke, wenn der Eigentümer das Eigentum durch Verzicht aufgegeben hat (§ 928). Ebenso bei Aneignung beweglicher Sachen und beim Eigentumserwerb eines Fundes (§§ 958, 973) der Aneigner bezw. der Finder auch ohne Einigung. Ähnlich liegen die Fälle der Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946 ff.) und des Fruchterwerbes nach §§ 953 ff.

c) Nur die Eintragung ist notwendig, wenn der Eigentümer eine Grundschuld für sich bestellt (§ 1196).

d) Der Fall der Eintragung einer Sicherungshypothek bei der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück (§§ 866 ZPO.); ebenso erfolgt die Vollziehung des Arrestes in ein Grundstück durch Eintragung einer Sicherungshypothek (§ 932 ZPO.). Im Zusammenhange mit diesen Bestimmungen der Zivilprozeßordnung steht auch die Bestimmung des § 128 ZwVG.: soweit für einen Anspruch die Forderung gegen den Ersteher übertragen wird, ist für sie eine Sicherungshypothek an dem Grundstücke einzutragen, die mit der Eintragung entsteht.

e) In den Fällen sub I. k, wenn die Erteilung eines Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist; die Eintragung der

Pfändung bezw. der Überweisung in das Grundbuch ist erforderlich.

III. Fälle, in denen die Eintragung nicht Erfordernis ist, s. bei Planck Anm. V, 3 zu § 873 S. 91.

B. Übersicht über die gewonnenen Ergebnisse.

§ 20.

Zum Schluß seien kurz die gewonnenen Ergebnisse zusammengestellt. Zu einer dinglichen Rechtsänderung, gleichgültig, ob an unbeweglichen oder beweglichen Sachen, gehört ein auf Bewirkung dieser Rechtsänderung gerichteter dinglicher Vertrag, der begrifflich von dem obligatorischen Geschäft zu scheiden ist, das zur Bewirkung der Rechtsänderung verpflichtet. Daran ist vor allem festzuhalten, daß die Einigung, der dingliche Vertrag, als ein Vertrag im Sinne des allgemeinen Teiles aufzufassen ist, sowohl bei Immobiliar-, als auch bei Mobiliarrechtsänderungen, der ferner im allgemeinen abstrakter Natur ist; notwendig abstrakt ist nur die Auflassung.

Einer Form bedarf der dingliche Vertrag, um gültig zu sein, nicht, nur können ihn die Beteiligten jederzeit frei widerrufen, solange sie sich noch nicht durch Vornahme einer der im § 873 Abs. 2 bezeichneten Formvorschriften an die Einigung gebunden haben. Gleichfalls formlos wie der dingliche Vertrag ist das kausale Verpflichtungsgeschäft, mit einigen Ausnahmen, z. B. § 313. Wichtig ist ferner, daß aus einem dinglichen Vertrage

eine Klage auf Vollziehung der Rechtsänderung in keiner Form möglich ist, und daß auf den dinglichen Vertrag die Vorschriften des allgemeinen Teiles über Rechtsgeschäfte prinzipiell für anwendbar zu erklären sind.

M. E. erscheint keines dieser Ergebnisse vom Standpunkte der Forderungen des Verkehrs und des praktischen Bedürfnisses aus unhaltbar und den Absichten des Gesetzes, die es durch Aufnahme dieser eigenartigen Vorschriften erstrebt hat, zuwiderlaufend, namentlich, was die vom Gesetzgeber mit Recht so gefürchtete Mobilisierung des Grundstücksverkehres betrifft. Auch sind m. E. die Vorschriften des Gesetzes in klarer, unzweideutiger Weise ausgedrückt, so daß irgendwelche Vorschläge de lege ferenda unnötig erscheinen. Solche sind auch, soweit ich sehe, in der überaus umfangreichen Literatur von keiner Seite gemacht worden. Nur Küchendahl[1]) gibt Anregungen für eine ziemlich durchgreifende Gesetzesreform, falls die in § 313 geforderte gerichtliche oder notarielle Beurkundung durch die einfache Schriftform ersetzt werden sollte. Er verlangt, gemäß seiner Ansicht über die Form des Verpflichtungsgeschäftes, zu jeder rechtsgeschäftlichen Begründung der Verpflichtung des Berechtigten, die Eintragung der Rechtsänderung zu bewilligen, das Erfordernis der Schriftform. Doch würde ein solches Erfordernis der Schriftform m. E. den Tendenzen des Obligationenrechts widersprechen.

[1]) Recht 1902 S. 201.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.